

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO
LXIX
FASCÍCULO
ÚNICO
ENERO
DICIEMBRE
2016

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXIX

MMXVI



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

BOE BOLETIN
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

Ángel Torío López, por Ángel Sanz Morán 5

SECCIÓN DOCTRINAL

La validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones en las que una persona recoge las manifestaciones de su interlocutor y que acreditan la comisión de hechos delictivos, por Enrique Gimbernat Ordeig 15

La reforma penitenciaria en la transición democrática, por Carlos García Valdés .. 25

La desnaturalización del Derecho penitenciario por el Derecho penal: análisis de tres supuestos paradigmáticos en relación con el sistema de individualización científica, por Manuel Gallego Díaz 39

La legítima defensa frente a omisiones, por Ivó Coca Vila 75

Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, por Sergio Cámara Arroyo 123

En torno al concepto de blanqueo de capitales. Evolución, normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal, por Daniel Fernández Bermejo 211

La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa, por María Pilar Marco Francia 277

La asistencia letrada en las diligencias de investigación, por Javier Ángel Fernández-Gallardo Fernández-Gallardo 321

El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia, por Ricardo de Mosteyrín Sampalo 375

La ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense, por Juan Victorio Serrano Patiño 409

CRÓNICAS EXTRANJERAS

La reforma penitenciaria peronista vista desde España: análisis de la gestión de Roberto Pettinato en la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Madrid 1947-1958), por Jorge A. Núñez 449

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por Gema Martínez Galindo 481

Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo 515

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Eduardo de Urbano Castrillo 597

CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por Carmen Figueroa Navarro 601

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

Reseña del libro *La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro*, de Antonio Andrés Laso, por Carlos García Valdés 681

Reseña del libro *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, de Sara Sarou García, por Carlos García Valdés 685

Reseña del libro *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, de Sergio Cámara Arroyo y Daniel Fernández Bermejo, por Felipe Renart García 688

Revista de revistas

Reseña del artículo *Antecedentes históricos del tratamiento penal y penitenciario de la delincuencia juvenil en España*, de Sergio Cámara Arroyo, por Carlos García Valdés 693

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 LXIX
MMXVI

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2017

<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): 786-17-103-0
NIPO (M. de Justicia): 051-15-011-7
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

NECROLÓGICA

Ángel Torío López

(13 de febrero de 1927-6 de mayo de 2016)

El día 6 de mayo de 2016 fallecía en Valladolid Don Ángel Torío López. Nacido en esta misma ciudad en 1927, se licenció en Derecho por su Universidad, incorporándose al área de Derecho Penal como discípulo de Juan del Rosal, quien le dirigió la tesis doctoral (lamentablemente inédita) sobre los delitos de inducción y auxilio al suicidio y homicidio-suicidio. Tras los correspondientes períodos como Profesor Adjunto y (desde 1969) Profesor Agregado de Derecho Penal, siempre en la Universidad de Valladolid (intercalando alguna estancia investigadora en las Universidades de Munich y Roma), accedió, en 1973, a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna. En 1976 regresaría ya como Catedrático de Derecho Penal, a la Universidad de Valladolid, donde permaneció hasta su jubilación. En los primeros años de actividad académica, simultaneó esta con una brillante carrera como Abogado, que abandonará definitivamente al acceder a la cátedra de Derecho Penal de La Laguna.

No es tarea sencilla resumir en unas pocas páginas el significado de la aportación científica del Profesor Torío. Menos aún para quien ha tenido el privilegio de mantener con él una relación, primero como discípulo, pero luego también como beneficiario de su amistad, que se ha prolongado durante décadas. Uno de los rasgos más característicos de su personalidad fue el de tratarse de un jurista permanentemente abierto al debate teórico, lo que unido a su proverbial rigor expositivo y argumentativo, hace que quienes estuvimos más próximos tengamos una percepción de sus cualidades académicas y personales mucho más compleja que la que puede desprenderse de la lectura de su obra científica.

Repasemos, no obstante, los hitos más significativos de su obra publicada. Una de las constantes en la obra científica del Profesor

Torio es su visión del Derecho penal en clave histórico-cultural. De ahí el importante peso que cobran en sus trabajos la historia y el derecho comparado. A lo que se añade también la constante preocupación por los problemas filosófico-jurídicos y metodológicos. Entre aquellas de sus contribuciones que en mayor medida manifiestan estas preocupaciones cabe destacar el trabajo titulado «El sustrato antropológico de las teorías penales», donde se analizan estas desde la perspectiva de la imagen del hombre que subyace a cada una de ellas, apuntando ya a una interpretación en clave utópica del retribucionismo kantiano, que será desarrollada, poco después, en «La conception kantienne de la peine capitale», ponencia presentada al Congreso internacional celebrado en Siracusa, en 1988, monográficamente dedicado a la pena capital. Y volverá de nuevo sobre estas cuestiones en «La pena de muerte: problemática histórica y contemporánea». Tanto en estos trabajos, como en el titulado «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», se pone claramente de manifiesto el modo en que la idea kantiana de dignidad del hombre, subyacente a los textos constitucionales y declaraciones de derechos contemporáneas, puede contribuir a una adecuada delimitación del sistema de sanciones penales.

Poseen significación central, en el conjunto de la obra de Torío, sus contribuciones a la teoría jurídica del delito. Si bien falta un estudio más completo en forma de manual o tratado de parte general –proyecto largamente acariciado por él–, los presupuestos básicos de su concepción del delito se hallan, sin embargo, suficientemente desarrollados. Adscrito inicialmente a la denominada «teoría neoclásica del delito», dominante entonces en España, su posición fue decantándose en una dirección que trata de superar el contraste entre finalismo y concepción tradicional, dentro de la tendencia que, muy genéricamente, cabría calificar como «postfinalismo».

Habría que situar el punto de arranque de esta nueva posición de Torío en su contribución, de 1981, relativa a los «delitos de peligro hipotético» donde, además de precisar los límites de esta categoría –que tan amplia acogida ha encontrado desde entonces en la ciencia penal española–, formula la idea de que el núcleo de lo injusto viene dado por la peligrosidad objetiva de la conducta desde la perspectiva del bien jurídico tutelado. Esta tesis, que reaparece esporádicamente en algunos de sus trabajos de la década de los ochenta, se encuentra ya ampliamente desarrollada en esa especie de escrito programático titulado «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito» donde, partiendo del pensamiento de la imputación objetiva (que, para Torío, no sería tanto una teoría causal, cuanto una nueva versión de la

teoría del tipo), se nos muestra, de manera precisa, la interrelación de momentos lógicos, teleológicos y valorativos en la formación de los conceptos jurídicos. Posteriormente, ha desarrollado Torío algunos aspectos concretos de este planteamiento básico en trabajos como «Acción peligrosa y dolo» o «Tipicidad. Referencia a los tipos abiertos», surgidos inicialmente como conferencias dictadas a los miembros de las carreras judicial y fiscal.

En definitiva, reconoce Torío –frente al causalismo tradicional– el carácter constitutivo para el injusto penal del denominado «desvalor de acción»; pero este no se concibe, como quiere el finalismo más ortodoxo, en términos prioritariamente subjetivos, sino objetivos: su núcleo viene dado por la peligrosidad objetiva de la conducta, que deberá concretarse, además, en el resultado jurídicamente desaprobado. La índole de esta aportación nos impide entrar en mayores consideraciones.

Pero además de estas contribuciones, dotadas de un carácter fundamentalmente metodológico, la atención del Profesor Torío, en lo que a la teoría del delito se refiere, se ha centrado sobre todo en cuatro campos característicos:

Tenemos, en primer lugar, una serie de trabajos relacionados con la teoría de la causalidad. El primero de ellos se refiere al problema de los denominados «cursos causales no verificables», donde se apuntaban ya las posibles vías de solución del problemático «caso de la colza», en la línea de lo resuelto algunos años antes en el paralelo «caso contergan» de la jurisprudencia alemana. Siguen dos trabajos donde se indaga el sentido y alcance de la teoría de la imputación objetiva («Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva» y «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma»), de la que ya se había hecho eco en algunas contribuciones anteriores. Como ya hemos indicado, Torío ha entendido siempre esta construcción, de manera preferente, como una teoría sobre la tipicidad, mostrando, por otra parte, alguna de sus carencias más significativas, especialmente en lo que se refiere al significado y alcance de los «topoi» utilizados. Finalmente, otro de los trabajos relativos a problemas causales es el que lleva por título: «Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización», donde, tras profundizar en el sentido de la distinción entre «concepto» y «principio» de causalidad, presenta diversos argumentos críticos frente al normativismo de algunas propuestas dogmáticas.

Un segundo campo objeto de atención preferente por el Profesor Torío, es el de los delitos culposos. Desde un primer trabajo, centrado en la interpretación de las viejas cláusulas de incriminación de la imprudencia («Sobre los límites de la ejecución por imprudencia»),

pasando por dos contribuciones referidas al contenido de injusto y culpabilidad del delito imprudente («El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos» y «El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo»), hasta aportaciones más recientes, como la relativa a la «compensación de culpas» y su significación dogmática en Derecho penal, o aquella otra donde analiza el tránsito hacia el nuevo modelo de «crimina culposa» acogido por el Código penal de 1995, revisando críticamente los criterios seguidos por el legislador a la hora de incriminar la realización culposa en algunos delitos muy característicos. Debe mencionarse también, en este contexto, su valiosa aportación al estudio del sistema de responsabilidad objetiva subyacente al anterior Código Penal (hasta la reforma de 25 de junio de 1983), en el trabajo titulado: «*Versari in re illicita* y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio».

Un tercer grupo de trabajos profundizan en el sentido del concepto material de culpabilidad («El concepto individual de culpabilidad»; «Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad»; *Estudio crítico del principio «ninguna pena sin culpabilidad»*; «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva»; «Individualidad psicológica y culpabilidad»), desde una perspectiva que, superando el debate entre indeterminismo y determinismo, se aleja tanto de la concepción «preventiva» de este elemento del delito (sustitución de la culpabilidad como poder individual de obrar de otro modo por la necesidad preventiva de pena), como de aquella concepción «social» o «general» de la culpabilidad, insistiendo en su dimensión individual o personal.

Por fin, puede considerarse también al Profesor Torío como uno de los especialistas en la compleja problemática del error. En esta dirección, cabe mencionar el trabajo, de alcance más general, titulado: «Tipo. Error de tipo y error de prohibición» y dos trabajos más específicamente referidos al error de prohibición (El *error iuris*; perspectivas materiales y sistemáticas» y «El error de prohibición en el Proyecto de Código penal»), donde se muestran los problemas que ofrecen las denominadas «teorías de la culpabilidad», que supondrían, en el fondo, una vuelta al viejo aforismo «error iuris nocet».

Estos cuatro campos no agotan, sin embargo, las aportaciones del Profesor Torío al estudio de la parte general del derecho penal. Y así, su atención se ha centrado también en ámbitos como el de la imputabilidad, con algunas contribuciones significativas: «La capacidad limitada de autodeterminación en la reforma del sistema penal», «Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental», «Imputabilidad general e individual en la teoría del delito», entre otras. También ha destinado

algunos trabajos al estudio de la omisión: «Aspectos de la omisión especial de socorro» y «Límites político-criminales del delito de comisión por omisión»; poniendo de manifiesto, en este último, cómo en la imputación de responsabilidad a título de comisión por omisión la doctrina dominante opera con un grado de exigencia menor que cuando se trata de delitos de acción. Por fin, cabe destacar una importante aportación relativa a la teoría de la tentativa inidónea («Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa»), donde, además de defender la posición reflejada en el título, polemiza con el extendido criterio que sustituye la exigencia real de peligrosidad objetiva del comportamiento, por la peligrosidad, simplemente aparente, que resulta de la apelación al paradigma del observador imparcial.

En sus contribuciones más recientes, a partir, sobre todo de su breve biografía de Beling para la obra colectiva «Juristas Universales», muestra el profesor Torío una especial preocupación –manifestada de manera constante en conversaciones privadas– por la necesidad de superar la teoría del tipo y buscar una vía de aproximación entre la teoría general del delito de origen alemán y el modelo explicativo de los elementos del delito seguido en los países anglosajones, como se constata en sus trabajos redactados para los respectivos Libros-homenaje a Rodríguez Morurullo, Núñez Barbero y Gimbernat Ordeig.

Si pasamos a la parte especial del Derecho penal, lo primero que hay que destacar es la significativa aportación de Torío López al esclarecimiento de los delitos contra la vida humana independiente. Ya en su tesis doctoral se ocupó –como indicábamos más arriba– con los problemas de la relevancia penal de las conductas relacionadas con el suicidio. Y de ella surgió el trabajo titulado: «La noción jurídica de suicidio», de 1965. Años después volvió sobre estas cuestiones en la contribución titulada: «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», que marca el punto de arranque de la reciente discusión española en torno al tratamiento jurídico-penal de los supuestos de eutanasia. Y cuando este debate se encuentra en su momento álgido, vuelve de nuevo sobre estos problemas con dos breves contribuciones, publicadas en el Homenaje a Sainz Cantero, respectivamente referidas a las formas de participación en el suicidio y a la eutanasia, para insistir, poco después, más ampliamente sobre esta última cuestión en el trabajo titulado: «Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia», de 1991.

Pero si su aportación al tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tuvo la virtualidad de suscitar la discusión, metodológicamente renovada, de este problema en nuestra doctrina, no menos influencia ha desplegado su contribución relativa a la reforma de los delitos de

parricidio y asesinato (de 1983), donde se nos ofrece una profunda revisión crítica de estos delitos, en un sentido que ha encontrado mayoritaria aceptación en el debate científico posterior. Poco después volvería sobre el delito de asesinato y su separación frente al robo con homicidio (al doble enlace –«motivo u ocasión»– entre homicidio y robo, en este último delito, había dedicado ya años atrás un esclarecedor estudio) y más tarde se ocupará monográficamente –lo había hecho ya de forma incidental– con el homicidio preterintencional («Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación *de lege ferenda* sobre el homicidio preterintencional»), destacando los puntos débiles de los planteamientos alternativos referidos a esta figura y su tratamiento legislativo.

Naturalmente, los estudios dedicados por el profesor Torío a la parte especial del derecho penal cubren también otros campos. Nos limitamos aquí de nuevo a una somera caracterización, advirtiendo solo sobre su preocupación constante por hacer fructíferas, en el análisis de la parte especial, las categorías dogmáticas elaboradas en el marco de la teoría general del delito. Así, por ejemplo, en la contribución titulada: «La estructura típica del delito de coacción», en la que, además de un esclarecedor análisis de la característica típica «violencia», encontramos también una buena caracterización de los denominados «tipos abiertos» y su relación con la teoría del error. Y, del mismo modo, mostró cómo operan los «topoi» utilizados en la teoría de la imputación objetiva en el delito de estafa («Acción y resultado típico en la estafa procesal»). Siguiendo con los delitos patrimoniales, ha preocupado especialmente al Profesor Torío desvelar el sentido político criminal de la separación entre los bienes jurídicos «patrimonio» y «orden económico», como ponen de manifiesto sus trabajos titulados: «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal» y «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores».

Pasando finalmente a los delitos relativos a bienes jurídicos supra-individuales, la aportación científica del Profesor Torío se resume en un trabajo pionero relativo a la caracterización dogmática del delito de falso testimonio («Introducción al testimonio falso»); una introducción general al estudio de los delitos contra la Administración pública («Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales»); y dos contribuciones centradas en los aspectos político criminales de las conductas delictivas relacionadas con el tráfico de drogas («Problemas político criminales en materia de drogadicción» y «Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas»).

En la mayor parte de las aportaciones hasta aquí mencionadas aparece muy clara la articulación de la perspectiva dogmática con la político criminal, o mejor aún, político legislativa. Ello no es de extrañar si tenemos en cuenta que la parte más importante, cualitativa y cuantitativamente, de la obra científica del Profesor Torío se inscribe en el contexto de la reforma del derecho penal español, tras el cambio de régimen político. Pero alguno de sus trabajos van más allá de esta preocupación político legislativa interna al sistema penal y se centran más bien en el modo de imbricación de nuestra disciplina con un contexto legislativo más amplio. Cabe destacar, en este orden de ideas, algunos trabajos. En primer lugar, una introducción a los problemas que ofrece al jurista la denominada bioética. En un terreno más estrictamente jurídico se mueve, en segundo lugar, su contribución al estudio de las relaciones entre derecho penal y potestad sancionadora de la Administración («Injusto penal e injusto administrativo. Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones»). Tenemos, en tercer lugar, una aportación al volumen colectivo, coordinado por el Instituto Max Planck de Friburgo, relativo al problema de la compensación a las víctimas de delito. Y mencionemos finalmente, dentro de este apartado, su esclarecedora aportación, redactada para el Libro Homenaje a Sánchez Calero, sobre las relaciones existentes entre la perspectiva civil y la penal de los daños patrimoniales.

Las líneas precedentes han tratado de ofrecer solo un esbozo de la actividad investigadora del Profesor Torío. Ni siquiera se trata, como dijimos al comienzo, de una caracterización completa. No es necesario, por otra parte, insistir en la amplia influencia que los trabajos del homenajeado han tenido en la discusión posterior de los problemas que en ellos se analizan. Si tuviéramos que resumir en unas pocas palabras el sentido de su obra habría que hablar de apertura metódica y referencia a la realidad. Lo primero, porque estamos ante un modo de reflexión manifiestamente abierto no solo a los distintos planteamientos existentes en la ciencia del derecho, sino también a la necesaria conexión de esta con el resto de las ciencias, especialmente las experimentales. Lo segundo, porque en todos los trabajos del profesor Torío, sin perjuicio de su rigor dogmático, se percibe siempre de manera nítida el problema real que trata de iluminar su reflexión; esta nunca se produce de espaldas a la realidad jurídica.

Pero, como indicaba al comienzo, quienes tuvimos la fortuna de ser sus discípulos, no solo aprendimos de lo que dejó escrito sino, fundamentalmente, de sus proverbiales dotes de conversador, lo que, en mi caso, significó haber podido disfrutar hasta poco antes de su fallecimiento de su sabiduría y generosidad. En una necrológica que

publicábamos en el diario local «El Norte de Castilla» (el día 27 de junio de 2016) mi querido amigo y compañero, catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Valladolid, Alejandro Menéndez y yo mismo, insistíamos en el sentido de esta relación discipular y en lo que ha significado gozar hasta el final de la amistad del profesor Torío, junto a la de su mujer, Adela, sus hijas, Almudena e Isabel, su hermano Carlos y ese grupo de amigos y discípulos juristas (los penalistas Celia Sainz de Robles, Manuel Gallego e Ignacio de las Rivas, el romanista Manuel Abellán, entre otros) que periódicamente nos reuníamos con nuestro admirado maestro.

Cabría destacar, finalmente, el acendrado «vallisoletanismo» del Profesor Torío, su implicación en las actividades de las Academias de Legislación y Jurisprudencia y de Medicina y Cirugía de Valladolid (de la primera era Académico de número y de la segunda Académico de Honor), sus tertulias con diversos grupos de amigos, entre los que mencionaré solo a Miguel Delibes, a quien facilitó el argumento de su novela «El Hereje», como ha reconocido en distintas entrevistas el escritor, etc. Pero la descripción de esta faceta de su personalidad (resumida con precisión en la nota necrológica que le dedicó el historiador Enrique Berzal, también en «El Norte de Castilla», al día siguiente de su fallecimiento) desbordaría las pretensiones aquí asumidas por amable invitación del Profesor Gimbernat y que han pretendido, ante todo, centrarse en la aportación científica de mi maestro.

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Valladolid

ADDENDA

Por indicación del profesor Sanz Morán, condiscípulo en el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Valladolid, añadido a las notas precedentes mi recuerdo de nuestro común maestro, de quien, cumplida ya su obra, debo decir que merece ese título en el sentido evangélico del mismo.

Pues durante el tiempo de nuestra amistad académica, como solía llamar él a la relación con sus discípulos y alumnos generosamente (y también con el sentido del humor que hacía soportables los ratos ásperos y difíciles de la vida universitaria), no recibí de su magisterio ninguna mala noticia. Al contrario, aprendí del mismo que el Derecho,

como nos fue mostrado en su enseñanza, es el reino de la libertad. Que, como se dice en el tratado de Mezger, no se ha hecho el hombre para la Ley, sino la Ley para el hombre.

Como así lo podrán percibir también los lectores de sus múltiples trabajos, cuya relación ha expuesto y explicado el profesor Sanz Morán con el criterio prudencial de atenerse al orden convencional de los programas de la asignatura, para facilitar su búsqueda y consulta. Trabajos que no deben ser considerados solo como una aportación a las ciencias del Derecho penal, a la discusión sobre la reforma legislativa española, característica del tiempo nuestro, y a la teoría del Derecho, ni se agotan en ello, sino cuyo sentido es el de la lucha de la razón en favor de la libertad humana, que representan contribuciones de más profundo y amplio aliento, llamadas a perdurar, por trascender el cuestionario técnico que abordan y en la mayoría de las ocasiones, superan y agotan para abrir un horizonte nuevo, en el que asoma –siempre– una perspectiva consoladora. Precisamente por estar orientadas por el respeto a la dignidad del ser humano, esto es por hacer honor –sin ninguna inflexión, el lector lo notará– a la imagen del hombre como ser que, en el precepto kantiano, no debe ser contado entre el número de las cosas.

CELIA SAINZ DE ROBLES SANTA CECILIA

Profesora Titular de Derecho penal (excedente)
de la Universidad de Valladolid



SECCIÓN DOCTRINAL

La validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones en las que una persona recoge las manifestaciones de su interlocutor y que acreditan la comisión de hechos delictivos

Discurso de investidura como Doctor honoris causa
por la Universidad de Huánuco*

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El presente estudio, elaborado como discurso de investidura para el acto de concesión del Doctorado Honoris causa por la Universidad de Huánuco (Perú), se ocupa de la validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones realizadas por un particular sobre las conversaciones que mantiene con su interlocutor; cuestión que adquirió notable relevancia en Perú con ocasión de los denominados «Vladivideos».

Palabras clave: Derecho al secreto de las comunicaciones, intimidad, licitud probatoria, grabaciones subrepticias.

ABSTRACT

This study, made as inaugural speech for the Act of granting of the doctorate Honoris causa by the University of Huanaco (Peru), deals with the procedural validi-

* Este Discurso de investidura fue pronunciado en la Universidad de Huánuco (Perú) el día 24 de junio de 2016, en donde, en una ceremonia conjunta, fui investido, junto a Manuel Cancio Meliá, Doctor honoris causa por esa Universidad.

ty of recordings made by an individual on the conversations with the other party; a question which has acquired considerable importance in Peru on the occasion of the so-called «Vladi-videos».

Keywords: *Right to privacy, secrecy of communications, exclusionary rule, hidden recordings*

Me van a permitir que divida en dos partes este discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Huánuco. En primer lugar, voy a referirme a mis vínculos con la ciencia y la práctica penales peruanas. La segunda y última parte de mi discurso estará dedicada a exponer lo mucho que significa para mí este honor que hoy se me confiere.

Empezando por esos vínculos, en el primer artículo que publico en Perú me ocupaba de la «Omisión impropia en la dogmática penal alemana», y lleva fecha de 1999. El más reciente es de 2014 y lleva por título «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad». Entre esas fechas he publicado en este país dos artículos más. También ha aparecido en Perú un libro mío («Tiene un futuro la dogmática juridicopenal») y, junto con los profesores Gracia, Peñaranda, Rueda, Suárez y Urquiza, he sido el editor de los dos tomos del Libro Homenaje a Bernd Schünemann, que se publicó en Lima, en 2014, por la editorial Gaceta Penal. Finalmente, esta misma semana acaba de aparecer otro libro mío, publicado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos: «Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo».

Pero mis lazos profesionales con Perú no se han limitado a aportaciones doctrinales, sino que, y como paso a exponer brevemente a continuación, también he tenido un contacto directo con la praxis de los tribunales peruanos.

A mediados de 2003 Luis Varga Valdivia, por aquel entonces Procurador Ad Hoc del Estado –Casos Fujimori-Montesinos–, me solicitó que emitiera un Informe sobre la posibilidad de que pudieran utilizarse como prueba de cargo, en el asunto Luccheti Perú, determinados videos –vídeos tal como se pronuncian en Latinoamérica– que Vladimiro Montesinos, sin el conocimiento ni el consentimiento de sus interlocutores, había grabado de las conversaciones que había mantenido con varios altos directivos de la filial de esa multinacional chilena. La solicitud de ese Informe, que emití el 31 de julio de 2003, obedecía a la circunstancia de que un profesor español (1) había

(1) Me refiero a Muñoz Conde. Sobre todo ello cfr. infra n. 2.

redactado dos Dictámenes para la defensa de los empresarios acusados, en los que mantenía que tales videos constituían una prueba ilícitamente obtenida y que, por consiguiente, no podían utilizarse como medio de prueba en el procedimiento penal que se estaba siguiendo contra Montesinos y los restantes imputados, administradores de Lucheti. Y no podían utilizarse, según ese profesor español, porque con tales grabaciones subrepticias se habrían vulnerado tanto el secreto de las comunicaciones como la intimidad de las personas grabadas por el antiguo asesor del presidente Fujimori.

Naturalmente que no voy a entrar aquí en la cuestión de fondo de si esos llamados vladivideos eran concluyentes para acreditar los hechos punibles que se le imputaban al grabador y a los grabados, sino que sólo me voy a ocupar de la cuestión, mucho más abstracta, del valor procesal que pueden tener en cualquier procedimiento penal la grabación del sonido y/o de la imagen que un interlocutor realiza subrepticamente de las conversaciones que otras personas están manteniendo con él.

Lo primero que hay que decir es que, en materia de grabaciones subrepticias realizadas por un interlocutor sin el conocimiento ni el consentimiento de la otra o de las otras personas que intervienen en la conversación, hay que distinguir dos bienes jurídicos distintos que pudieran ser vulnerados, eventualmente, con tales grabaciones: el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, derechos que la CE también diferencia, garantizándolos independientemente en el art. 18.1 («... se garantiza... el derecho a la intimidad personal y familiar») y en el art. 18.3 («se garantiza el secreto de las comunicaciones»).

Por lo que se refiere al secreto de las comunicaciones, lo que la Constitución Española prohíbe (como el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 8.º1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere al secreto de la correspondencia) es la ingerencia de terceros en las conversaciones telefónicas o vis a vis que están manteniendo otras personas, o la interceptación de la correspondencia que se intercambian dos sujetos distintos del interceptor, ya que obviamente esa conversación (telefónica o no), o esa correspondencia, es sólo secreta para un tercero, pero no constituye secreto alguno para el destinatario de la carta que otra persona le dirige, ni tampoco para quien es el interlocutor de la conversación que está manteniendo con otra persona: hasta tal punto no estamos ante un secreto que la correspondencia se dirige a mí precisamente para que la lea, o se está conversando conmigo, precisa-

mente también, para que tenga noticia de lo que el otro interlocutor me quiere transmitir.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español viene manteniendo ininterrumpidamente, desde 1984, que la grabación que una persona hace subrepticamente de quien se está dirigiendo a ella constituye una prueba obtenida lícitamente, porque, frente al interlocutor que registró el sonido y/o la imagen, el otro interlocutor no mantenía secreto alguno, ya que una conversación sólo es reservada para los terceros ajenos a ella, pero no, obviamente, para quienes la están manteniendo entre sí: «Como conclusión, pues», se establece en la sentencia del TC de 29 de noviembre de 1984, «debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba éste», porque «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 [secreto de las comunicaciones] de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre en conducta contraria al precepto constitucional citado», doctrina reiterada por el TC en muchas sentencias posteriores, como, por dar un ejemplo más, en la de 24 de marzo de 2003, en la que se puede leer: «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje».

Por consiguiente, y como la vulneración del secreto de las comunicaciones sólo se produce cuando un tercero intercepta lo que otras personas ajenas están conversando entre sí, pero no cuando es uno de los conversadores –aunque sea subrepticamente– el que lo hace, la Sala de lo Penal del TS español, en una jurisprudencia igualmente unánime, ha admitido, como prueba lícitamente obtenida, la grabación fonográfica y/o videográfica que un interlocutor hace de quien se dirige a él, no teniendo inconveniente alguno para admitirla como material probatorio de cargo en procedimientos por delitos de cohecho, de tráfico de drogas, de apropiación indebida, de falsedad e intrusismo, de robo con homicidio, y de proposición para el asesinato.

Como segundo argumento de por qué no podían utilizarse procesalmente los videos grabados por Montesinos, el profesor español que elaboró sus dictámenes para los directivos de Lucchetti manifestaba que tales grabaciones vulneraban también la intimidad de esos directivos, interlocutores del asesor presidencial. Y, para apoyar esa opinión, el profesor español, en sus Dictámenes, acudía al caso de Pedro J. Ramírez, en aquel momento director del diario «El Mundo», quien, en 1996, fue grabado subrepticamente por una mujer mientras mantenía con ésta

una relación sexual, video que, después, fue difundido masivamente por correo a, entre otras personas, los más altos dignatarios del Estado español, empezando por Su Majestad el Rey. Todos los partícipes en la grabación y difusión del video sexual fueron condenados posteriormente por la Justicia española por un delito contra la intimidad.

Pero, mientras que en las conversaciones lo que se protege es el secreto, de tal manera que si un tercero ajeno a la conversación que mantienen dos personas la intercepta, responderá penalmente por tal interceptación, aunque aquella conversación haya versado sobre los asuntos más banales, en cambio, en el bien jurídico intimidad, lo que se protege es ésta como tal, por lo que, ciertamente, Pedro J. Ramírez estaba revelando su intimidad a la mujer –que fue quien le grabó subrepticamente con la ayuda de otra persona– con la que mantenía una relación sexual –para ella, por tanto, esa intimidad no era secreta–, pero ello no la autorizaba para difundirla a otras personas: porque, con ello, se vulneraba la intimidad del periodista, intimidad que se protege como tal, sea o no secreta para la persona que la revela, y que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana». En este sentido, la STS de 12 de diciembre de 2004, condenatoria de los autores y partícipes en la grabación y distribución del video sexual de Pedro J. Ramírez, establece lo siguiente: «Se arguye [por las defensas] que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone la Constitución en el art. 18 en sus apartados 1.º [intimidad] y 3.º [secreto de las comunicaciones], puesto que el objeto de la protección en el segundo de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1.º lo que garantiza es la intimidad personal "per se". La STC 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales... Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el art. 18.1 CE, con el alcance tipificado en el art. 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones».

Por lo demás, que la manifestación de un comunicante a otro de que ha cometido un delito o de que lo va a cometer, o de que se ha cometido o se va a cometer entre los dos, no pertenece a la intimidad, debería estar fuera de discusión, ya que, como ha establecido el TC, el

«derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE)», y, obviamente, las manifestaciones en las que se acredita que un interlocutor –o los dos– es un traficante de drogas o de armas o de niños, o que es un prevaricador o un sujeto responsable de un cohecho, no tienen nada que ver con el respeto a ese sujeto (o a esos sujetos) de su dignidad como persona, o, para decirlo con el TS: «La Constitución y el Derecho ordinario no podrían establecer un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el art. 259 LECrim, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso. Por lo demás, no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos».

Resumiendo todo lo expuesto hasta ahora, formulo la siguiente tesis: La grabación subrepticia que una persona hace de otra con la que está conversando sobre la comisión de hechos delictivos no constituye ilícito alguno y puede, por ello, ser utilizada como prueba de cargo en un procedimiento penal. Y no lo constituye, en primer lugar, porque con esa grabación no se está vulnerando el secreto de las comunicaciones, ya que este secreto sólo resulta lesionado cuando tiene como sujeto activo a una tercera persona ajena a los que intervienen en la conversación, mientras que no puede ser vulnerado por ninguno de los interlocutores, ya que para ellos la conversación no es ajena ni secreta, sino propia. Y, en segundo lugar, tampoco estamos aquí ante una vulneración de la intimidad de otra persona, que se protege como tal intimidad, aunque no se haya accedido a su conocimiento mediante la interceptación de un tercero, sino directamente de la persona que está revelando detalles íntimos particulares, intimidad que resultaría lesionada sí, por ejemplo, el interlocutor graba y difunde aspectos de la vida de su otro interlocutor que afectan a su sexualidad o a las enfermedades que padece o a sus relaciones familiares con su esposa o hijos. Que la manifestación de que se ha cometido o se va a cometer un delito no tiene nada que ver con esa intimidad se deduce, sin más, de que –al contrario que en la intimidad, donde existe un deber de reserva de difundir lo averiguado por uno de los interlocutores– en lo que se refiere a las actividades delictivas presentes o futuras existe todo lo contrario: un deber de no-reserva, es decir: una obligación de denunciar tales hechos a las autoridades –según el CP español,

en los casos de no-denuncia de delitos graves, bajo amenaza penal si no se cumple con esa obligación de denunciar (2).

(2) Para una crítica más amplia de las tesis de Muñoz Conde mantenidas en sus dos Dictámenes, cfr. Gimbernat, ADPCP 2006, pp. 653-667. Muñoz Conde mientras que, por una parte, presume («consejos vendo que para mí no tengo») de que «es esta coherencia y fidelidad a mis ideas lo único que, quizás, después de tantos años puedo mostrar con orgullo frente a las que ya las han olvidado, probablemente porque nunca creyeron de verdad en ellas y sólo las utilizaron para medrar y situarse, muy bien por cierto, al lado de los poderosos, los corruptos o los facinerosos» (Muñoz Conde, Introducción al Derecho penal [reimpresión], 2003, p. 17), por otra, y tal como revelan esos dos Dictámenes suyos, cuya existencia se ha llegado a conocer de manera casual, cuenta entre sus clientes a corruptos y corruptores empresarios multimillonarios; y todo ello, prescindiendo de que, si se hubiesen seguido sus tesis sobre la prueba ilícita, los llamados «vladivideos» tampoco podrían haber sido utilizados –tal como sí hicieron los tribunales peruanos– como prueba de cargo fundamental en los numerosos procedimientos penales seguidos contra Fujimori y Montesinos, autores de los crímenes más graves que conoce no sólo cualquier Código penal, sino también el Derecho penal internacional. Afortunadamente, los tribunales peruanos rechazaron las tesis de Muñoz Conde, que se apoyaban en una tergiversación de las jurisprudencia española de los Tribunales Constitucional y Supremo, a los que Muñoz Conde hacía decir todo lo contrario de lo que esos Tribunales habían establecido, y acogieron, por el contrario, una doctrina en todo coincidente con la que yo sostenía en mi Informe para la Fiscalía peruana.

Dentro de esta conexión, fue determinante el Acuerdo Séptimo del «Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida» de los «Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal [de la República del Perú]», de 10 de diciembre de 2004, en el que se establece lo siguiente: «Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga el juez. Se admite validez de la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas». Esta doctrina sobre la validez de las pruebas consistentes en grabaciones obtenidas por uno de los interlocutores es, naturalmente, la que siguen de manera unánime los tribunales peruanos: v., por todas, la Resolución n.º 4, de 18 de julio de 2012, recaída en incidente 00182-2011-3-1826-JR-PE-02, de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sala Penal de Apelaciones, en la que, sobre la base de «que la conversación habida entre el imputado Herald Andrés Gamarra Churra con el imputado Miguel Santiago Ñope Fernández, presuntamente grabada por Gamarra Churra y entregada al Ministerio Público por él mismo, no puede considerarse prueba prohibida o ilícita y, por ende, no puede ser amparado el pedido de exclusión del referido material probatorio», la Corte «Resuelve: Confirmar la resolución apelada, que declara infundado el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso».

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, en un artículo aparecido en el diario limeño «La República», de 22 de septiembre de 2015, se resume de la siguiente manera la trascendencia que la validez de tales grabaciones ha tenido para fundamentar las condenas de Fujimori y Montesinos: «Finalmente, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en su momento validaron los "vladivideos", decisiones que permitieron castigar un conjunto de graves delitos en el marco del Gobierno de Fujimori y Montesinos, entre los años 1992 y 2000».

Yo nunca persigo honores, ni me presento a premio alguno, porque, cuando gané mi cátedra, en 1970, decidí que esa era la última vez que me presentaba a una competición, ya que en toda competición existe la posibilidad, nunca descartable, de perderla. Bastantes decepciones y sinsabores no buscados tiene uno que sufrir en la vida extra-académica, como para tener que buscar otros más que se pueden evitar fácilmente si uno, simplemente, renuncia a competir.

Pero cuando me llega un honor como este que hoy me otorga la Universidad de Huánuco de forma sorpresiva y generosa –sin ninguna clase de información previa, la primera noticia de que se me había concedido fue en una carta que me dirigió, el 24 de abril del presente año, el Rector, Dr. José Beraún Barrantes– me siento enormemente feliz.

Del torero Juan Belmonte se dijo que «no toreaba por la fama ni por la popularidad, ni siquiera por el dinero, sino que toreaba porque le salía de muy adentro, porque no lo podía remediar». No conozco mejor definición de la vocación: es esa fuerza interior que explica por qué, a pesar de que apenas tiene compensaciones económicas, me he pasado la vida –en mi juventud, en mi madurez y ahora, en mis últimos años– estudiando, leyendo y publicando Derecho penal. Después de mi vida familiar, lo que me procura una mayor felicidad es mi actividad científica. Y también la docente, ya que, como catedrático emérito, continúo dando clases a los alumnos en mi Universidad Complutense; ciertamente que, ya desde hace algunos años sin remuneración alguna, pero es que yo pagaría por seguir impartiendo la docencia.

Nunca he dejado de tener contacto con la práctica, elaborando dictámenes y en ocasiones, aunque *cum grano salis*, en pequeñas dosis, ejerciendo como abogado ante los tribunales. No sólo –aunque también– porque *primum vivere deinde philosophari*, sino también porque, si no se conoce la práctica forense, difícilmente se puede enseñar e investigar, como es debido, el Derecho penal. Esta necesaria conexión entre la teoría y la práctica la aprendí ya –a finales de los años 50 y principio de los 60 del pasado siglo– durante mis estudios de Doctorado en Alemania y continué siendo consciente de esa necesidad a mi regreso a España en enero de 1963, donde tuve la suerte de tener como maestro al genial Antonio Quintano Ripollés, al mismo tiempo catedrático de la Universidad Complutense y magistrado del TS.

No obstante ese imprescindible contacto con la práctica, la gran ventaja frente a ésta de la investigación científica es que, con esa investigación, se pretende dar solución a una generalidad de supuestos de hecho, con lo que si, como a menudo sucede en España, los tribunales atienden a lo que dice la doctrina científica, con un artículo o con una monografía se puede influir en las decisiones de la jurisprudencia.

dencia sobre cómo resolver una pluralidad de casos, mientras que un escrito de acusación o de defensa o un recurso de casación –a pesar de que su elaboración puede haber costado tanto tiempo y esfuerzo como una publicación científica– quedan enterrados en los legajos de un procedimiento penal por un caso individual. Claro que ello no siempre es así, como lo pone de manifiesto precisamente lo que en la primera parte de mi disertación he expuesto sobre el secreto de las comunicaciones y sobre la intimidad, una materia de la que me ocupé a fondo por primera vez como el letrado que, junto al abogado Luis Jordana de Pozas, ejerció la acusación en nombre de Pedro J. Ramírez contra los autores de haber grabado y difundido su vídeo sexual y que ahora me ha servido ya para exponer, a nivel más abstracto y general, cuándo una grabación puede servir de medio de prueba de cargo lícita –como en el caso Montesinos– y cuándo –como en el caso del periodista español– constituye un comportamiento delictivo.

Alguien dijo que todo arte es nacional, toda ciencia es internacional y toda tontería es nacionalista. No me considero un nacionalista –reconozco que España tiene casi tantos defectos como virtudes–, pero sí un patriota, es decir: una persona que ama a su país y que desea lo mejor para él, que se alegra con sus triunfos y se apena cuando se hunde en el ciénago de la mediocridad. Manuel Cancio pertenece –en un lugar preeminente y prominente– a una maravillosa generación de penalistas españoles que han situado a mi país, continuando la gran aportación de la generación anterior, en el segundo lugar –después de Alemania– de la dogmática juridicopenal mundial. Porque amo a España, me enorgullezco de que juristas como Manuel Cancio, con su apabullante obra científica, esté contribuyendo de manera tan decisiva al reconocimiento internacional de la ciencia penal española. Al inmenso honor de recibir este Doctorado honoris causa quiero añadir en el día de hoy otro más: el de compartirlo con un penalista español que ha contribuido, como pocos, a extender por el ancho mundo el prestigio de nuestra ciencia.

Uno ha dedicado incontables horas a investigar en la soledad de su despacho y a enseñar a decenas de miles de alumnos, tanto a principiantes como a otros que eran ya profesionales experimentados. Este Doctorado honoris causa que viene de tierras tan lejanas a la mía significa para mí un estímulo para seguir investigando y enseñando y el reconocimiento de que hasta ahora, tal vez, no lo he hecho del todo mal. Muchas gracias a la Universidad de Huánuco y a su rector, Dr. Beraún Barrantes, por este tan alto honor y a todos ustedes por la atención que me han prestado.



La reforma penitenciaria en la transición democrática (1)

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Alcalá

RESUMEN

En este trabajo, cuyo texto procede de una conferencia, el principal artífice de la Ley Orgánica General Penitenciaria española ofrece una visión personal y «desde dentro» de la reforma penitenciaria que, bajo su dirección, tuvo lugar en los años 1978 y 1979, en la etapa conocida como de la transición democrática. El autor realiza así un «viaje» al pasado, analizando las instituciones penitenciarias del momento y la génesis de la ley aún vigente.

Palabras clave: Prisión, Derecho penitenciario, Ley Penitenciaria española, Reforma penitenciaria, Ejecución penal, Transición democrática.

ABSTRACT

In this paper, which comes from a conference, the main architect of the Spanish General Penitentiary Law provides a personal and «from within» perspective of the prison reform under his leadership in 1978 and 1979, in the stage known as the democratic transition. The author thus makes a «trip» to the past, analyzing the penitentiary institutions of that moment and the genesis of the law still in force.

(1) Conferencia impartida en el Salón de Actos de la UDIMA, con ocasión del I Congreso Nacional de Derecho Penitenciario, el 24 de marzo de 2017.

Keywords: *Prison system, Penitentiary Law, Spanish Penitentiary Act, Prison Reform, Penal Enforcement, Spanish Democratic Transition.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La transición y sus artífices. Hacia un modelo penitenciario democrático.–III. La gestación de la Ley penitenciaria.–IV. Algunas decisiones trascendentes.

I. INTRODUCCIÓN

Acudo a este tipo de actos académicos con escasa frecuencia. Momentos excepcionales me hacen participar en ellos cuando algo muy querido me mueve a hacerlo. Mi estancia en los mismos, siempre rodeado de buenos amigos y queridos compañeros, hace siempre grato el momento. Hoy me siento acompañado en la UDIMA de otros tantos discípulos, colegas y queridos funcionarios de Instituciones Penitenciarias, así como de los organizadores de este Congreso Nacional de Derecho Penitenciario, en especial del Prof. Fernández Bermejo, y para ellos he diseñado los mimbres de mi charla. Anticipo que no me resulta frecuente disertar sobre el pasado pues, aunque lo llevo dentro y en este aspecto justifica mi vida, únicamente me entrego a este cometido en muy contadas ocasiones. Hoy es uno de ellas.

Mi intervención en esta mañana villalbina va a dividirse en dos partes bien diferenciadas pero, inevitablemente, interrelacionadas. Será la primera la referente a mi participación en el cambio democrático operado en España, bajo el mandato de Adolfo Suárez; y la segunda, sobre la génesis de la Ley Penitenciaria. De lo que voy a hablar es, por un lado, de mi conocimiento directo, aunque parcial, de ese periodo magnífico de nuestra historia, reflejándose aquí el político ocasional que fui y, por el otro, del antecedente carcelario y de su devenir en la vigente legislación, sin cuyos valiosos precedentes nada se hubiera podido llevar a cabo, primando ahora en la exposición el profesor que siempre soy. Enmarcada la reforma penitenciaria en otras modificaciones del Código penal de 1973, todas fueron determinantes para hacer un Derecho más humanitario y adecuado a los tiempos.

II. LA TRANSICIÓN Y SUS ARTÍFICES. HACIA UN MODELO PENITENCIARIO DEMOCRÁTICO

Quienes fueron los máximos responsables, desde el Ministerio de Justicia, del trascendental momento, Landelino Lavilla Alsina y Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona nos han narrado los antecedentes del mismo, desde dentro, y con una solvencia inconmensurable. Los respectivos libros de Memorias (Galaxia Gutenberg, 2017 y 2015, respectivamente, por orden cronológico) se quedan cortos en este sentido, a las puertas de 1978, es decir, del trascendental año en que la reforma penitenciaria tuvo lugar. Y esto lo he sentido personal y profundamente pues han restado de sus obras aquellos años magníficos, valientes y sacrificados que compartí con ellos. Los esperados próximos volúmenes se ocuparán de ello. La inteligencia y la lealtad al cambio necesario marcan los dos libros. No se puede entender la transición democrática sin ambos, sin escuchar las versiones auténticas de algunos de sus más elevados protagonistas como, efectivamente, fueron los autores. Volveré a hablar de los mismos con el respeto, admiración y cariño que me merecieron y en mi atesoran.

Los políticos de entonces, de la inmensa mayoría de los partidos y del arco parlamentario, están perfectamente retratados en ambos cuadros literarios. Fueron personas inteligentes, entregadas, desde su particular óptica, a la reforma de España, de expresión correcta y respeto mutuo permanente. Nada que se pueda asemejar a algunos impresentables que ocupan hoy algunos de los escaños que prestigiaron aquellos. Entre ellos me moví, aprendí de los mismos y, entre todos, participamos en la transformación de nuestro país en una democracia solvente y prestigiosa, modelo de una transición desde una dictadura.

Me integré a finales de marzo de 1978 en el gobierno de Adolfo Suárez como Director General de Instituciones Penitenciarias. Tenía 31 años. A lo largo de los años, he tratado a muchos personajes relevantes de nuestro país pero puedo asegurar que ninguno tuvo en mí mayor atractivo que el Presidente. Poseía un denominado «magnetismo animal», que diría Mesmer, que atraía y embaucaba. Valiente y decidido, la reforma política no hubiera podido llevarse a cabo sin su figura intensa y entregada. Algunos textos actuales, los más, le han hecho justicia, otros no tanto y unos terceros nada para sus merecimientos. No todos han sabido valorar su sacrificio personal y la definitiva soledad en la que ejerció el cargo. Únicamente, bastante tiempo después, con motivo de la dura enfermedad final, mereció reconocimientos públicos, más de los que disfrutó cuando podía entenderlos y enorgullecerse de los mismos. La fotografía, casi final, con el Rey,

paseando en el jardín de su casa, posando su mano en el hombro de Suárez, representa el agradecimiento y la cercanía de una nación al prohombre.

Otro gobernante desacostumbrado en su inteligencia e integridad fue mi Ministro de Justicia, Landelino Lavilla Alsina. He conocido y obedecido a muchos después. Ninguno como él. En aquella etapa de democracia en agraz, no creo que nadie la hubiera servido mejor. Mi relación con él fue excepcional. Me apoyó en cuanto acometí y entendió perfectamente el supremo instante que, respecto a las prisiones, se nos ofrecía. El Subsecretario, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona también contribuyó ¡y de qué manera! al momento. Inteligente y especialmente dotado, mis despachos con él eran prueba de su saber estar, su calma y su incondicional respaldo. Tenía, no obstante, un dolor que le acompañaba. Haber propuesto para el cargo de Director General a mi antecesor, Jesús Haddad Blanco, vilmente asesinado, indefenso al no llevar escolta en ese momento, por los Grapo. Me sigo viendo con Juan Antonio Ortega con asiduidad, en anual almuerzo querido, con muchos de los que fuimos sus colaboradores en los ministerios que desempeñó y siempre resta en el gran jurista, cuando hablamos de los recuerdos o escribe sus citadas memorias, ese deje de profunda amargura y tristeza por lo acontecido entonces.

El Derecho penal y penitenciario heredado era tributario del pasado. El texto sustantivo procedía del año 1973 y el Reglamento de Prisiones era de 1956, con reformas posteriores. Todo antiguo y desfado. Era preciso pensar en su urgente modificación. Del primero se erradicaron de su texto determinados delitos incompatibles con la nueva época y así, especialmente, entre otros, se suprimen los de adulterio y amancebamiento, discriminatorios respecto a la mujer y del estupro se anula la condición de doncella de la víctima. Queda todavía lejos, será en 1995, cuando se disponga de un nuevo Código Penal. Restaba pendiente, en aquellos primeros meses de reforma, la abolición de la pena de muerte y la redacción de una Ley Penitenciaria.

Los Reglamentos de los Servicios de Prisiones eran textos militarizados, procedentes en el fondo de la posguerra, como la mayoría de sus mandos, nombrados por los servicios prestados en la inminente contienda o por la necesidad de colocación de tantos incondicionales. Ni la legalidad ni el personal se asemejan a la realidad actual. Las nuevas normas, especialmente las reformas de 1968 y 1977, comienzan a incluir las menciones del tratamiento y los nuevos cuerpos penitenciarios llenaron de prestigio la importante función y en los Ayudantes se fija el contacto diario y necesario con los reclusos. Personajes como Jesús Alarcón Bravo o Emilio Tavera Benito, a quienes

recurrí en mi mandato, hoy desgraciadamente desaparecidos, sentaron las bases de una moderna concepción reglamentaria y funcional.

El Ministro participaba en los debates constitucionales, cosa que se extendió hasta la discusión acerca del Título VIII, el de las Autonomías, en que fue sustituido por Abril Martorell. Me encargó Landelino Lavilla unas redacciones del luego art. 15 del texto constitucional y del que después fue el art. 25. 2, es decir los relativos a la pena capital y a las penas privativas de libertad. Respecto a la primera, le hice entrega de cuatro supuestos, que recogían la abolición con mayor o menor extensión, y que tengo en la memoria pues, aunque parezca mentira, nunca nada guardo por escrito de aquella época, lo que ya he manifestado en otras ocasiones. Queda abolida la pena de muerte, decía el primero; queda abolida dicha penalidad salvo lo que dispongan las leyes penales militares en tiempos de guerra, escribí en la segunda opción; queda abolida la pena capital salvo lo dispuesto en el Código de Justicia Militar, dije en la tercera y, en fin, queda abolida la mencionada sanción penal salvo lo que disponga la jurisdicción castrense. Como es conocido, la Constitución recogió, con breve corrección, la segunda redacción que, posteriormente, fue modificada erradicando total y definitivamente la sanción capital.

En cambio la orientación de las penas de prisión no tuvo ni alternativas ni discusión. La reeducación y la reinserción social, pertenece desde entonces al acervo de nuestra mejor legislación. A ello añadí la eliminación expresa de los trabajos forzados y el gozar los internos de los derechos fundamentales no afectados por la condena. Cuando se sentó en el mismo precepto el de disfrutar de un trabajo remunerado y los beneficios de la Seguridad Social, nada entonces se dijo. Por eso, porque los arts. 1 y 59 LOGP desarrollan el postulado esencial y el 35 la prestación por desempleo, la coherencia se impuso y porque la generosidad del legislador del 78/79 era digna de consideración. El respeto y la memoria del pasado surgen como algo necesario para entender cuanto se acometió.

Nada fue fácil. Los denominados «años de plomo» marcaron de sufrimiento a muchos españoles. El terrorismo se explayó y la extrema derecha y, especialmente, la ultra izquierda, compitieron en tratar de hacer inviable la transición. ETA y Grapo, junto a otros grupos armados, sembraron de dolor nuestras calles y plazas. Todos fueron culpables. El Estado se defendió con dignidad, partiendo de la base de la falta de preparación al respecto. Durante el franquismo todo funcionaba por una tradición represiva que se ponía de manifiesto en una normativa severa y, en ocasiones, ya lo he dicho, militarizada. El mérito fue salir adelante, aboliendo la pena de muerte, pese a las opi-

niones encontradas, dictándose unas disposiciones adaptadas a lo que en Europa se hacía y aun mejorando sus perspectivas democráticas. Y todo se realizó, como decía el mismo Suárez, sin frenarse en las reformas o, literalmente, «cambiando las cañerías sin cortar el agua de la casa». Pocas veces he escuchado unas palabras más adecuadas y certeras referidas al momento. Luego yo las parafraseé cuando, compareciendo en la Comisión parlamentaria correspondiente, al debatirse el Proyecto de Ley Penitenciaria, dije que lo ideal hubiera sido «reformar las prisiones sin presos dentro», pero el imposible no presidió precisamente la complicada tarea. La reforma se abordó con centros quemados e internos sobreviviendo en ellos.

Las dos previas amnistías no allanaron precisamente el camino. Muchos internos por delitos ordinarios no entendían y, en otros casos, fueron claramente manipulados al respecto, que ellos quedaran fuera de las medidas de gracia cuando salieron en libertad los terroristas. Esto fue un hecho cierto. Como también fueron reales las frases pronunciadas por destacadas personalidades ofreciendo a los internos, para lograr la libertad, el «quemarlo todo». Como dije a una comisión de los presos en la vieja prisión de Málaga: «yo me encargaré que no salgan ni a la calle ni al cementerio» cuando esa era la única opción que decían tener. También se les explicaba a todos que la nueva Constitución precisamente vetaba las amnistías o los indultos generales, matiz del que no eran informados por los agitadores.

III. LA GESTACIÓN DE LA LEY PENITENCIARIA

La norma penitenciaria nace del consenso, método inventado por la Unión de Centro Democrático (UCD), el partido de Adolfo Suárez, para procurar y facilitar la transición política. La ausencia de una mayoría absoluta, de la que nunca gozó el partido gobernante, inclinó necesariamente la balanza al compromiso. Todos cedieron, el gobierno primero y la oposición, después. No se comprendería así que las nuevas situaciones creadas pudieran eclipsar otros sentimientos menos generosos. Se arrumbó el egoísmo y la senda del rencor fue desechada, imponiéndose el olvido y el perdón. El Partido Comunista, a cambio de su legalización, en el llamado desde entonces, en acertada frase de Joaquín Bardavío, «sábado santo rojo», admitió la monarquía, la bandera y el himno nacional, siguiéndole el Partido Socialista. Solo luego, muchas décadas después, cuando un presidente desnortado se inventa la memoria histórica, se recupera del recuerdo la posguerra civil y los hechos represores ocurridos durante el franquismo. Ello ha sido un

error. Es como el tema del nuevo Estatuto de autonomía catalán, que nadie reclamaba y que le fue entregado a un gobernante para calmar a sus socios y perpetuar el tripartito o el respaldo al movimiento del llamado 15-M, sin el cual no hubieran nacido alguno de los actuales partidos. Aquellos lodos han traído, indiscutiblemente, los actuales barros independentistas y populistas.

El acuerdo no se presentó como muy difícil. Ahí están los debates parlamentarios. Muchos de los parlamentarios habían sido clientes míos en el TOP y muchos nos conocíamos de antaño. Su confianza en cuanto se hacía me lleno de satisfacción. A cambio, les entregué una norma en la que todos se pudieran ver reflejados y que, en consecuencia, podía perpetuarse en el tiempo. Nadie podía pensar entonces que alcanzara, precisamente por sus condiciones, una vigencia camino de los treinta nueve años sin apenas modificaciones. Cuando, décadas después, se intentó una llamada «relectura» de la Ley, dos ministros desistieron de llevarla a cabo por no poder alcanzarse una aprobación unánime, ejemplo de la 1979.

El consenso de entonces propició la discusión y la aprobación, nada más y nada menos, que de la Constitución de 1978 y de la legislación penitenciaria. Sobrepasado ampliamente el número de quienes tenían que votar la disposición carcelaria, al constituirse como Ley Orgánica, prácticamente no fue necesario el recuento de votos en sede parlamentaria. La unanimidad del Congreso y la aclamación producida en el Senado rubricaron el hecho insólito en democracia. La Ley siguiente, la número 2/1979, la del Tribunal Constitucional, ya no alcanzó el mismo resultado pactista, pues los partidos se habían distanciado y la discrepancia se impuso notablemente.

¿Cuáles eran los problemas y las necesidades que se presentaron, acuciantes, al poner en marcha el nuevo sistema penitenciario? El asunto tenía sus complicaciones y por variadas razones. Por un lado, no poseíamos reciente modelo humanitario que contrastar. Era preciso acudir al pasado más lejano, el mejor, para revivir los regímenes carcelarios que sentaron un sustantivo avance temporal en cada situación histórica. Por el otro, el mínimo y corto avance que supuso en este campo la II República se había cortado abruptamente, incluso al poco tiempo de iniciarse, por el propio gobierno de Azaña, que siempre criticó severamente la labor que se estaba iniciando por Victoria Kent. Por un tercero, la actualidad de entonces partía de pocos centros en correcto funcionamiento, pues, como ya he dicho, la concesión de las dos amnistías, favorable para la reconciliación política, fueron nefastas para el orden y la convivencia en los centros. En cuarto término, la inversión en establecimientos era mínima y, en su mayor número, los

existentes en servicio, deteriorados, anticuados e inservibles al objeto de la reforma que se pretendía.

Voy por sus pasos, reiterando más ampliamente lo apuntado líneas atrás. Los Reglamentos franquistas, aprobados siempre por Decreto, es decir en Consejo de Ministros, tenían un aire eminentemente militar que se fue diluyendo al correr de los años. Un importante número de los iniciales mandos penitenciarios, depurados muchos de los que habían servido en la República, procedían de los alféreces provisionales y la responsabilidad superior del Centro Directivo recaía siempre en un general carlista. Tanto el ordenamiento reglamentario de 1948 cuanto el de 1956 eran piezas legislativas típicamente regimentales, con un mero atisbo de tratamiento, considerado poco menos que un lujo innecesario. Únicamente la reforma de 1968 introdujo unos principios básicos del mismo en nuestras instituciones, lo que se completó con la creación de la Central de Observación y del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias en sus diferentes especialidades. Pero no cubrían las exigencias que el país requería. Poco pues de esta normativa podía obtenerse como verdadero sustento del necesario cambio. Había que volver la mirada a la distancia.

En efecto, el siglo XIX fue prolijo en una reiterada legislación penitenciaria que, realmente, se anticipaba al tiempo. A ello se sumaba una doctrina insuperable en sus conocimientos, sentimientos de piedad, inspiración normativa o disposición para reformar a mejor el sistema. Fueron éstas las fuentes de mi especialización científica. Mis primeros escritos y, desde luego, mi tesis doctoral a este tema fue dedicada. El estudio del régimen carcelario español atrajo claramente mi vocación y su acontecer magnífico quedó reflejado en cuantas líneas he producido a lo largo de mi carrera. Cuando se me ofreció dirigir el grupo de trabajo que redactaría la futura Ley Penitenciaria, apenas cuatro años después, no era un advenedizo ni un improvisado al respecto.

A Salamanca había acompañado a mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat, cuando accedió a la cátedra de Derecho penal. Allí recibí la llamada que cambió mi vida. El apoyo del maestro fue esencial y determinante. Nunca he recibido de él un mal consejo. Entendí y entendí que era una oportunidad única en la vida que no podía desaprovechar. Yo acababa de obtener la adjuntía de la disciplina y abordaba el segundo trimestre de docencia. No lo completé. Compaginé al principio mis clases con la presencia en Madrid, en el Ministerio de Justicia, trabajando en el Proyecto legal, presidiendo la comisión redactora, reducida por demás. El asesinato de Haddad, en marzo de 1978, precipitó los acontecimientos y a finales del citado mes, con 31

años, tomé posesión del cargo vacante de Director General de Instituciones Penitenciarias.

Precisamente de las investigaciones previas surgieron las ideas determinantes del texto; también del estudio y de la dedicación profesional a mis clientes, especialmente del Tribunal de Orden Público y de mis asistencias letradas en algunas prisiones, que completaron mi bagaje. Asimismo la adolescencia me dejó algún recuerdo lejano de muros, rejas y uniformes verdes cuando, en ocasiones, acompañaba a mi querido padre en sus visitas, como facultativo de Sanidad penitenciaria, al antiguo centro de Yeserías. Esta amalgama de saberes, deberes y sentimientos me allanó el camino de la aceptación del puesto y de la dirección que debería tomar para alcanzar la meta propuesta.

Las primeras decisiones fueron razonables, presididas por la lógica. Rodearme de los mejores fue mi prioridad. Todos queridos y todos hoy desaparecidos. Francisco Bueno Arús, Jesús Alarcón Bravo y Emilio Tavera Benito fueron mi indispensable soporte triangular. Gran penitenciarista el primero, profesor de la Universidad Complutense y de ICADE, ocupó la jefatura del Servicio Técnico-Jurídico. Alarcón, psicólogo del cuerpo Técnico, número uno del escalafón respectivo e introductor en las Instituciones Penitenciarias del primer Gabinete Psicológico, fue mi Inspector General y Tavera, que había mandado los centros más señeros y difíciles, de enorme prestigio en la casa, fue el Subinspector General. Su asistencia fue capital para la tarea emprendida, su lealtad y dedicación las llevo siempre conmigo. Con Paco Bueno revisaba las sanciones disciplinarias y los recursos de los internos, debatiendo algunas de las Circulares más trascendentales; a Alarcón le confié el tratamiento y a Tavera el régimen. Cuando se debatía la Ley Penitenciaria en el Parlamento todos tuvieron algo que decir y que enseñarme.

Visité unas cuarenta prisiones y en ellas vi el pasado. Viejos y tradicionales edificios radiales, muchos reconvertidos de antiguos destinos, bien iglesias, conventos, cuarteles o almacenes marinos. Ante mi vista desfilaron edificaciones sobrias y tristes, duras, con años de servicio, no pensadas muchas de las mismas inicialmente para contener hombres penados. Otras sí, pues eran construcciones específicas, pero de más de un siglo. Solo unas pocas, se remontaban a los años 70, prácticamente los últimos de inauguración de nuevos centros. Y en dichas inspecciones siempre me reunía con funcionarios y con presos y les escuchaba, procurando resolverlas, en sus respectivas exposiciones, las respectivas peticiones o quejas. Allí aprendí lo imprescindible del acercamiento a los problemas de los primeros, entender sus miserias y procurarles auxilio legal o personal. En cuanto a los funcionarios, a nadie he respetado y

agradecido más su labor y aún lo hago. Su mejor recuerdo permanece en mí. Siempre, en contraprestación, tanto tiempo ya pasado, he recibido de los mismos idéntico aprecio y reconocimiento.

Los motines y desordenes pasados habían dejado su huella en los establecimientos. La concesión de las dos amnistías incendiaron la mecha del descontento entre la población reclusa encerrada por delitos ordinarios, no terroristas. El empleo de una política razonable, de traslados, premios o sanciones, en muchas ocasiones adelantando las previsiones de la nueva legislación en trámite, diluyó la protesta poco a poco y me pude dedicar a la organización del sistema y a poner las bases de la construcción de los centros modulares que hoy se extienden por nuestra geografía. Se invirtieron 10.500.000 de las antiguas pts. y se pusieron en funcionamiento trece locales. Algunos siguen en vigor. Todos fueron el modelo de los actuales, modulares y de elevado costo, ejemplo de humanitarismo y entrega de la Administración Penitenciaria.

El devenir penitenciario español me ofreció el respaldo de cuanto se hizo legislativamente. Si los Reglamentos franquistas no eran aceptables, sí había que aprovechar en cambio el poso dejado por el ordenamiento y los autores históricos. España fue rica en Ordenanzas y disposiciones en el siglo XIX y en aportaciones doctrinales definitivas. Respecto a las primeras, hay monumentos legales que no tienen parangón con otros de su tiempo. Las reglamentaciones de 1804 y 1807 sientan las bases de la regulación de los arsenales de Marina y los presidios peninsulares, la Ordenanza General de 1834 estructura por más de un siglo nuestro régimen carcelario, la Ley de Prisiones de 1849 distingue definitivamente el mando militar del civil en el mismo, la red de presidios africanos distribuye nuestros reclusos en aquel territorio español, los Decretos de 1901 y 1913 consolidan el sistema progresivo de cumplimiento de condenas y, en fin, el de 1903 aproxima el de individualización tutelar. A ello ha de unirse la obra de pensadores y prácticos como Manuel Montesinos, Concepción Arenal, Francisco Lastres, Rafael Salillas o Fernando Cadalso.

La ciencia penitenciaria que destilaron los libros y escritos de los citados especialistas, entre otros, determinaron el devenir. Todos partían de una concepción progresista del cumplimiento de la pena privativa de libertad, de su entendimiento como algo evolutivo, no anquilosado en el tiempo. La crítica piadosa de la ilustre gallega, basada en el correccionalismo, conmueve a la sociedad y a los gobernantes y los Estudios de Lastres profundizan en las necesarias reformas. Pero habrían de llegar, para consolidar nuestra ciencia penitenciaria, el maestro de Angües y el gran penitenciario madrileño. Antes lo efectuó un mando militar. Salillas, Cadalso y Montesinos son

los pilares del Derecho penitenciario español. El sistema progresivo de cumplimiento se instaura en las prisiones valencianas y pasa a la normativa de Ceuta y a las citadas disposiciones de 1901 y 1913. De ahí, a recogerse en todos los Códigos penales desde el de Primo de Ribera, de 1923. La ideología tutelar salillista aparece, como un regalo, en el Decreto de 1903, año en que también se crea el antecedente de la Escuela penitenciaria. Con tales mimbres, sencillo era retomar el valioso antecedente y construir el presente que se me ofrecía. La conjunción de ambos pensamientos se refleja en el art. 72.1 LOGP tal y como lo escribí: las penas de prisión se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados, es decir Cadalso y Salillas.

A la preparación científica se unió la excelente disposición de los grupos parlamentarios. Las dificultades fueron menores así. Una buena parte de sus miembros eran conocidos de lejos o clientes de antaño. Fue fácil aproximarme a los mismos y pactar con ellos, algunos recientes represaliados, el texto legal definitivo. La Ley Orgánica General Penitenciaria se convirtió de esta forma en una disposición de todos y por todos aprobada y sentida. De ahí, sus casi treinta y nueve años de vigencia ininterrumpida. Instituciones tan innovadoras como los permisos de salida, las visitas vis a vis, el juez de vigilancia o la separación de regímenes de cumplimiento, tuvieron el acuerdo y el compromiso de los Diputados y Senadores. Y esa fue y es mi imperecedera satisfacción.

IV. ALGUNAS DECISIONES TRASCENDENTES

Pero los problemas no acababan con una buena legislación. Mientras se tramitaba la Ley había que seguir actuando. Una de las cuestiones más terribles de la transición era el tema del terrorismo. Cuando hoy veo romper nuestra bandera o pitar nuestro himno nacional no puedo más que indignarme y recordar, con respeto y emoción, a cuantos servidores estatales enterramos envueltos en aquélla y haciendo sonar los acordes de éste. Solo quienes abrigan un sentimiento antiespañol, de rencor desacostumbrado, pueden producirse así.

Instituciones Penitenciarias tuvo que afrontar el hecho incontestable de la presencia en sus centros de preventivos y cumplimiento de internos pertenecientes a bandas o grupos armados. La distribución estaba hecha. ETA se ubicaba en las prisiones de Martutene (San Sebastián) y Basauri (Bilbao), Grapo en la de Soria, Terra Lliure en Segovia y la extrema derecha en Ciudad Real. Esta fue mi orden de

separación de dichos internos en número aproximado de unos trescientos cincuenta. La situación de las prisiones del País Vasco era difícilmente sostenible por la propia configuración de los establecimientos, no especialmente pensados para acoger a tan peligrosa población, por su pésima ubicación ciudadana, en barrios populosos y accesibles, y por las continuas manifestaciones en sus alrededores de familiares, simpatizantes y miembros de gestoras proamnistía. Los dos centenares y medio de etarras vivían como a la espera de la «liberación popular», inminente según sus fuentes. Contribuí a sacarles de su error. Una madrugada, de diciembre de 1978, ordené su traslado colectivo a la prisión de Soria, solo a ellos dedicada, mientras que los Grapo fueron situados en la de Zamora.

Se iniciaba así la etapa denominada de concentración de presos terroristas que se continuó en 1983, ya gobernando el PSOE, con el destino de los miembros de ETA a Herrera de la Mancha. Posteriormente, cuando lo permitieron las nuevas edificaciones modulares, se optó por la dispersión de los mismos en distintos centros peninsulares, lo que en la actualidad sigue manteniéndose. Las dos alternativas fueron eficaces, la primera en su momento; la segunda, ahora, pues está revelándose como un método más de debilitamiento y ruptura de la banda armada, que facilita a muchos el abandono de la organización en la denominada «vía Zaballa».

Los principales partidos, UCD y PSOE, tuvieron que comprometerse con la lucha antiterrorista. El Decreto-Ley de 1979, en cuya redacción intervine, empezó a diseñar una fundamental estrategia penal y procesal. Lo mismo hizo, cuando le cupo en suerte y en responsabilidad, el gobernante socialista. Felipe González se estrenó con un funeral en El Goloso de víctimas militares y no dejó pasar la oportunidad. Primero, envió los etarras a Herrera, como ya he dicho y, un año después, Presidencia y Justicia trabajaron en una nueva normativa especial a los terroristas dedicada, que se incorporó al Código penal. Muy pocos creíamos que el cambio de gobierno frenaría la barbarie y Moncloa lo aprendió en sus carnes y actuó en lógica consecuencia.

Los protagonistas de entonces eran políticos avezados en la oposición antifranquista y no se caracterizaban, como algunos en el momento actual, por su estulticia y maledicencia. Fueron los mismos que entendieron la reforma penitenciaria y la apoyaron sin fisuras y quienes, fieles a las mejores ideas, pusieron la defensa del Estado como prioridad incuestionable a sus propios intereses partidistas, entendiendo la necesidad de construir una democracia fuerte basada en la Ley. Y la Ley precisaba de instrumentos enérgicos aplicados por la autoridad judicial carente de prejuicios.

Un poco tiempo después de mi atentado, llevado a cabo por los Grapo, que parecían tener fijeza con los Directores Generales de Instituciones Penitenciarias, del que salí milagrosamente ileso, pues un arma se encasquilló y tres disparos de otra entraron y salieron por la ventanilla delantera de mi coche oficial, un comando de ETA intentó secuestrar al diputado de la UCD Gabriel Cisneros. Se resistió, zafándose de los matones entre los coches aparcados en su calle y allí, sin defensa alguna, fue tiroteado. Un «hombre de paz», como desde altas instancia ha sido denominado, con ignorancia supina, Arnaldo Otegui, era unos de los miembros del grupo terrorista. El mismo personaje que ahora aspiraba infructuosamente a presidir el gobierno vasco por impedirlo una de sus muchas sentencias condenatorias. Lástima que este pequeño detalle no fuera recordado por el actual alcalde de Cádiz, de alias Kichi, cuando, defendiendo al ex-presos ante la prensa, insistió reiteradamente en que no se involucró en delitos de sangre, salvo que la de Cisneros fuera de distinto color a la roja que vertió. Le visité en el hospital y, desde entonces, quedaron en su cuerpo las huellas criminales. Murió luego, antes de tiempo, y sus intestinos y esfínteres nunca se recuperaron. Cuando le volví a ver en pie, años después, Gabi Cisneros tenía el mismo aspecto moral que entonces, convencido de la transición, comprendiendo que su atentado pertenecía al hecho consumado de estar en la línea de tiro, nunca mejor dicho, de los enemigos de la paz y de la democracia por la que tanto se había esforzado.

Yo no practico a ultranza el olvido. Los nuevos anuncios de cierta entrega armas por parte de lo que queda de la banda armada ETA han de acompañarse de la efectiva disolución. Si después se cumplen las previsiones legales (arrepentimiento, perdón a las víctimas, confesión de los crímenes pendientes no esclarecidos...) cabría la vuelta a la técnica de la concentración penitenciaria individualizadamente aplicada. En caso contrario, nuestros establecimientos ya se han acostumbrado a estos internos y poco problema puede significar el seguir manteniéndoles.

Los crímenes fueron muchos, demasiados. Mas la tristeza no se impuso al desencanto ni el definitivo y paralizante pesimismo envolvió la actuación de la clase política, pues el momento soportó la presión de tanto entierro y tanto sacrificio y culminó la magna empresa. Recordarlo en esta tarde, ante muchos oyentes y especialistas, que no vivieron el momento y que solo pueden tener una vaga noticia del mismo, es un patrimonio personal que no me abandona y que conmigo permanece desde entonces y un elevado deber contarlo cuando para ello amablemente soy requerido.



La desnaturalización del Derecho penitenciario por el Derecho penal: análisis de tres supuestos paradigmáticos en relación con el sistema de individualización científica

MANUEL GALLEGO DÍAZ

Profesor Ordinario de Derecho penal
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

RESUMEN

El sistema de ejecución de la pena de prisión vigente en España responde a las características del modelo de individualización científica orientado a la reeducación y reinserción social del penado. Pero determinados preceptos del Código penal y sobre todo las reformas introducidas en él, particularmente en el año 2003, en la línea de una política penitenciaria de orden y seguridad, han venido progresivamente a desmontar el modelo y los principios de ejecución penitenciaria. Las trabas para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, los efectos oclusivos del art. 78 en relación con estas situaciones y el acceso a los beneficios penitenciarios y los permisos de salida, así como la situación excepcional de mayor severidad en relación con el terrorismo y los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, suponen una desnaturalización del Derecho penitenciario por parte del Derecho penal. El acceso a las instituciones indicadas ya no se produce tanto en consideración a criterios de prevención especial, como la evolución del condenado, sino a criterios de prevención general o simplemente de retribución, como la clase o gravedad del delito.

Palabras clave: Ejecución de la pena. Sistema de individualización científica. Periodo de seguridad. Libertad condicional. Efectos oclusivos art. 78 Código Penal. Desnaturalización del sistema penitenciario.

ABSTRACT

The system for enforcing prison sentences in place in Spain has the characteristics of a model of scientific individualization geared towards the re-education and social re-insertion of the convict. However, certain provisions of the penal code, mainly reforms to it and especially those of 2003, follow the model of a prison policy based on order and security and have progressively undone the model and the principles of penitentiary enforcement. Barriers to accessing the third stage or conditional release, the obstructive effects of art. 78 in relation to these situations and to accessing early release and release on licence, as well as the more severe exceptional circumstances regarding terrorism and offences committed as part of a criminal organisation involve a denaturing of Prison law by Criminal law. Access to these institutions is no longer provided so much in accordance with special prevention criteria, such as the convict's development, but instead with general prevention criteria or simply punishment, such as the class or severity of the offence.

Key words: Enforcement of the sentence. System of scientific individualization. Custodial period. Conditional release. Obstructive effects of art. 78 Penal Code. Denaturing of the prison system.

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido ya más de 35 años de la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) sin que, a diferencia del Código Penal (CP), apenas haya sido objeto de modificaciones. Pero precisamente han sido algunas reformas del CP las que, sin tocar directamente la LOGP, han venido a socavar o erosionar algunas de las paredes maestras del sistema de individualización científica con la consiguiente desnaturalización del modelo que preside nuestro derecho de ejecución de la pena privativa de libertad. Modificaciones operadas en el CP en relación con instituciones como el acceso al régimen abierto (art. 36.2), a la libertad condicional y su adelantamiento (arts. 90 y ss.) o el denominado cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (art. 78) han venido a producir esta consecuencia. El endurecimiento que, por otro lado, han supuesto algunas de estas reformas, unido a la supresión de la redención de penas por el trabajo y a la introducción del cumplimiento íntegro de las penas en el CP vigente, además «ha llegado a producir, como sostiene Cristina Rodríguez Yagüe, una masificación que ha rozado el colapso, sin que se haya acreditado justificadamente con anterioridad su necesidad ni con pos-

terioridad su efectividad» (1). Porque esa masificación –señala la misma autora– de nuestros establecimientos penitenciarios se ha producido más por el aumento del tiempo efectivo de cumplimiento de las condenas que por el número de personas que ingresan en prisión, pues las tasas de criminalidad en nuestro país no solo no han crecido, sino, al contrario, vienen reduciéndose de año en año (2).

A esta erosión del sistema de individualización científica han contribuido especialmente las reformas del CP que tuvieron lugar durante el año 2003, particularmente la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que también afectó directamente en algunos aspectos a la LOGP. Esa ley de 2003, en respuesta al sentimiento de seguridad ciudadana y en pro de una lucha más efectiva contra la criminalidad, introdujo un fuerte endurecimiento penal fundamentado en la retribución y la prevención general. Por otra parte, atender, en consideración a tales objetivos, más a la clase de delito cometido y a la duración o gravedad de la condena impuesta que a la evolución del condenado y sus aspectos individuales y personales resulta difícilmente compatible con el mandato constitucional de la reinserción (art. 25.2 CE) que constituye el principio orientador del sistema penitenciario. La reforma del CP de 2015 ha venido a ahondar aún más en este proceso de desnaturalización del sistema, particularmente con la nueva concepción de la libertad condicional y la introducción en el catálogo de penas de la prisión permanente revisable que pone en cuestión muchos aspectos del sistema de individualización científica y del principio de reinserción social al que deben orientarse las penas privativas de libertad.

II. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

El ordenamiento penitenciario español se adscribe decididamente al modelo rehabilitador, consecuencia de la propia opción elegida sobre la finalidad de la pena en la CE (art. 25.2) con las cautelas introducidas por el Tribunal Constitucional (3). Este precepto constitucional consagra un mandato irrenunciable para la Administración penitenciaria, por lo que no se puede condicionar la resocialización a

(1) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013, p. 32.

(2) *Ibidem*, p. 16.

(3) Vid. RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 245.

planteamientos políticos ni económicos. Lo contrario sería condenar a los internos al amedrentamiento y al puro castigo (4). Por ello la LOGP establece en el artículo 1 que «las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad», aunque sin olvidar «la retención y custodia de detenidos, presos y penados».

No obstante, ante el escepticismo reinante en torno a la resocialización, y sobre todo ante la falta de resultados visibles, no faltan quienes pretendan volver a planteamientos retributivos y de prevención general, como los introducidos en algunas de las reformas llevadas a cabo en nuestro Código Penal en el año 2003. Pero, de acuerdo con el mandato constitucional y las mismas exigencias del Estado social, el sistema penitenciario no puede dejar enteramente cerrada la esperanza al penado sino que tiene que ofrecerle ayudas y estímulos que le permitan avanzar en la línea de su reeducación y reinserción. Además, aparte de los programas y actividades diferenciados que, libre y voluntariamente, sin ningún tipo de coacción, puedan ofrecerse a los penados en orden a prepararles para poder vivir pacíficamente en la sociedad, el sistema penitenciario ha de incidir en la propia forma de cumplir la pena de prisión creando las condiciones necesarias que eviten, o al menos reduzcan al mínimo, sus efectos desocializadores y permitan al penado avanzar en esa preparación para la vida en libertad a través de los permisos de salida, el régimen abierto o la libertad condicional.

En todo caso, la pena de prisión necesita humanizarse lo más posible debiéndose cumplir en condiciones de vida dignas para los internos y respetuosas con aquellos derechos constitucionales que no queden afectados por la condena. Y se ha de procurar que el interno al menos no salga de la prisión más desocializado de lo que entró para tratar de incorporarlo pacíficamente a la sociedad. Como ha señalado Vicenta Cervelló, la eficacia de la pena no depende tanto de su mayor duración como de una ejecución adecuada que respete las directrices constitucionales en lo que se refiere a los derechos individuales y a su orientación resocializadora (5). El cumplimiento de la pena de prisión ha de ser siempre humano, lo menos destructivo y desocializador posible. Y para ello el sistema penitenciario ha de dejar siempre una

(4) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., en Berdugo Gómez de la Torre, I., y Rodríguez Zúñiga, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 350.

(5) CERVELLÓ DONDERIS, V., «Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995», *Cuadernos Jurídicos*, núm. 42, junio 1996, p. 40.

puerta abierta a la esperanza que ayude al interno a avanzar en la línea de su futura reinserción.

Pese a todas las dificultades y crisis de la filosofía de la resocialización se entiende mayoritariamente que la finalidad de la reeducación y reinserción que constituye el mandato constitucional no puede prescindir de las posibilidades de acceso del interno a programas de actividades de orden formativo, sociocultural, informativo y laboral en orden a superar las carencias que presentan los internos, por un lado, y la incentivación de los contactos del interno con el exterior a través del favorecimiento de sus relaciones con el entorno familiar, social y laboral, por otro. De esta manera se logrará que el interno no salga más desocializado de lo que entró. Este es el planteamiento del tratamiento que está en la base del Reglamento Penitenciario de 1996 frente al más clínico o terapéutico de la LOGP.

De acuerdo con lo establecido en el art. 72.1 LOGP «las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional conforme determina el Código Penal». Todo este sistema de individualización científica está estructurado sobre la base de una evolución positiva del penado respecto de la reeducación y reinserción social, de modo que, en función de los avances experimentados en el tratamiento y al margen de períodos de duración establecidos en consideración a la naturaleza del delito y a la gravedad de la condena, se le van reconociendo una mitigación de la dureza del régimen y mayores posibilidades de libertad (permisos de salida, acceso al régimen abierto) hasta conseguir la excarcelación aun antes de haber extinguido completamente la condena (libertad condicional).

Para lograr esta finalidad de reeducación y reinserción social, la LOGP, nacida –como sus homólogas alemana e italiana– todavía en una época de cierto fervor resocializador (6) y pensando que el tratamiento podía ser la solución para todos los problemas del delincuente, le dedica todo el título III haciendo de él eje vertebrador de toda la actividad penitenciaria. Como decía el Preámbulo del Proyecto de la LOGP «la sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, mediante la utilización de los métodos científicos adecuados».

(6) Cuando en 1979 se aprueba la LOGP «la ideología del tratamiento» como eje de la ejecución penitenciaria ya es objeto de numerosas críticas y entra en una fase de decadencia (JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, 3.ª ed. Iustel, Madrid, 2016, p. 131).

Y es precisamente en torno al mismo concepto de tratamiento como el instrumento más indicado para conseguir la resocialización del delincuente donde se sitúa el mayor problema ya que se ha extendido sobre él el mismo sentimiento de escepticismo que pesa sobre la resocialización (7). No obstante, el tratamiento puede entenderse de muy distintas maneras. Puede serlo como manipulación de la personalidad del interno para modificar coactivamente sus actitudes y escala de valores o simplemente como ofrecimiento voluntario al interno de los medios necesarios para superar sus problemas y carencias personales que le permitan integrarse en la sociedad sin volver a recaer en el delito (8). La primera concepción del tratamiento ha merecido serias críticas entre penalistas y penitenciarios por entender que supone un ataque a derechos fundamentales de la persona. Según el Preámbulo del Proyecto de la LOGP «el tratamiento no pretende consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente su libertad. En consecuencia, será programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse un «sistema de individualización científica», como efectúa ya expresamente el art. 72.1 LOGP anteriormente citado.

Este sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, que constituye una modalidad del sistema progresivo, se basa en el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados y se caracteriza por su flexibilidad, toda vez que permite al penado ser clasificado en cualquiera de los grados previstos en la ley, excepto en el último de la libertad condicional, sin necesidad de tener que pasar por todos y cada uno de ellos y permanecer un mínimo o un máximo de tiempo en cada uno. En función de la evolución de la personalidad del interno y de sus avances o retrocesos en el tratamiento prescrito se producirán procesos de progresión o regresión en el sistema. Por otro lado, de acuerdo con cada uno de los grados de tratamiento en que el interno sea clasificado será destinado al establecimiento determinado que corresponda según al primero, segundo o tercer grado con un particular régimen de vida

(7) Vid. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 154.

(8) Vid. BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223 (enero-diciembre 1978), pp. 131-132.

en cuanto a salidas, comunicaciones, horas de patio o permisos en los términos establecidos en el Reglamento Penitenciario (RP).

El sistema de clasificación debe basarse, pues, en la situación y evolución del interno en el tratamiento por lo que, según el art. 62 a) LOGP, este «estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno». A partir de ese análisis, según establece el art. 62 b) LOGP se elaborará un diagnóstico de personalidad y un juicio pronóstico inicial, «que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales del sujeto». En consecuencia, el tratamiento, según continúa concretando el art. 63 LOGP, tendrá que ser individualizado, «consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno», complejo, programado y de carácter continuo y dinámico, «dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena». En consideración a su carácter individualizado el tratamiento va a determinar el grado de clasificación y el correspondiente régimen de vida aplicable al interno que, al margen de consideraciones o criterios objetivos, permita responder a sus necesidades y carencias.

Los procesos clasificatorios de progresión y regresión de grado tendrán que venir determinados en consecuencia por la evolución en el tratamiento. Así el art. 65.1 LOGP determina que «la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen», con lo que, de acuerdo con el apartado 2 de este art. 65 LOGP, «la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad». Correspondientemente, por su parte, el art. 65.3 LOGP, que es objeto de ulterior desarrollo por el art. 106.3 RP, mantiene igual criterio para la regresión en grado, aunque con otras palabras, pues esta «procederá cuando

se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad» o «una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno», como establece el art. 106.3 RP.

Este sistema de individualización científica y la consiguiente clasificación en los distintos grados están sujetos al principio de revisión periódica, de modo que según el art. 72.4 LOGP «en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». Por eso, a estos efectos, el artículo 65.4 LOGP, reproducido a la vez por el artículo 105.1 RP, establece que «cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para considerar su anterior clasificación...». Estas posteriores clasificaciones, a diferencia de la inicial, van a depender ya directamente no tanto de la observación del interno como de su evolución en el tratamiento, lo que nos reconduce, fundamentalmente, a la evolución de la personalidad (9).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 LOGP para la evolución en el tratamiento y lo dispuesto en el artículo 63 para la clasificación inicial el proceso clasificador debe tener efectivamente su principal asiento en la personalidad del interno, es decir, como establece el art. 62 a), en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actividades del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad (10). Si, como señala MANZANARES, la clasificación se hace –en palabras del propio artículo 63– «para la individualización del tratamiento», y si este se dirige a la reeducación y reinserción social del penado, pretendiendo que sea una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59, 1 y 2 LOGP), ha de concluirse que lo que realmente interesa es la personalidad del reo. Todo lo demás solo servirá –al menos en principio– como síntomas o medios de conocimiento de dicha personalidad. Cuando el artículo 63 sitúa junto a la personalidad el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, olvida que, en buena técnica, esos últimos factores solo deben contar en tanto nos permitan conocer la personalidad del penado, y más exactamente el aspecto de la misma que

(9) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La clasificación», en Cobo del Rosal, M. (dir.) y Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 953.

(10) Vid. TAMARIT SUMALLA, J.-M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J., *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 260.

conecta con el comportamiento criminal. El anteriormente citado artículo 65.2 LOGP –reproducido esencialmente por el art. 106.2 RP– lo entiende de esa forma al disponer que «la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva», añadiendo que la modificación, «se manifestará en la conducta global del interno» (11). Dicha conducta juega en la progresión en grado el mismo papel sintomático o medial que en la clasificación inicial, que comienza precisamente con «la adecuada observación de cada penado» (art. 63 LOGP) (12).

Es evidente que esta vinculación entre tratamiento y clasificación puede suponer una constricción importante para el interno dejando en entredicho la voluntariedad del tratamiento en el sentido de que si no acepta someterse a él va a quedar al margen de los beneficios que suponga la progresión en grado. Pero a este respecto tanto el art. 239 del anterior RP (13) como el art. 112 del vigente han contribuido a desvincular tratamiento y clasificación (14). En este sentido el art. 112.3 RP 1996 establece que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado». Es decir, que el rechazo o la no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, aparte de no dar lugar a consecuencias disciplinarias ni regimentales, no supondrá tampoco regresión alguna de grado. Pero ¿podrá privar al interno de la progresión en grado? En modo alguno. El apartado 4 de este mismo artículo del RP añade a continuación que «en los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes».

(11) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La clasificación», en *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2.º, cit. (nota 9), p. 953.

(12) MANZANARES SAMANIEGO, *ibidem*, pp. 952-953.

(13) El artículo 239.3 RP de 1981 establecía que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes».

(14) *Vid.* TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit. (nota 10), pp. 259-260.

Ello es lógico porque en otro caso la ejecución de la pena al margen de la clasificación con la consiguiente exclusión de las consecuencias positivas que conlleva (permisos, comunicaciones, etc.) quedaría convertida en pura retención con olvido de la exigencia de la orientación de la pena a la reeducación y reinserción y la voluntariedad del tratamiento quedaría seriamente constreñida privando al interno del derecho que tiene, si se dan las condiciones para ello, a ser progresado en grado aunque rechace o no acepte el tratamiento (15).

III. ACCESO AL TERCER GRADO: EL PERIODO DE SEGURIDAD

De acuerdo con la filosofía propia del sistema de individualización científica el ordenamiento penitenciario no exige en principio ningún plazo o parte proporcional de extinción de la condena para poder progresar a tercer grado. Solamente el art. 104.2 RP dispone que «para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado».

Pero esta situación penitenciaria cambió a partir de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que llevó a cabo importantes restricciones para acceder al tercer grado de régimen abierto o semilibertad. En primer lugar, esta ley añadió un segundo apartado al art. 36 CP por el que se introdujo el llamado período de seguridad, procedente del derecho francés, una disposición de naturaleza penitenciaria que no tiene por qué ser objeto de regulación en el Código Penal (16). Y, en segundo lugar, incorporó los nuevos apartados 5 y 6 al art. 72 LOGP en los que se exige haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito o condiciones particulares para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

(15) Vid. JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit. (nota 6), p. 147.

(16) Vid. GARCÍA ALBERO, R. y TORRES ROSELL, N., «Artículo 36», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 7.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 438-439; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 107.

El apartado 2 del art. 36 CP, en su párrafo primero (17), establecía inicialmente que «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta», de modo que quedaba preceptivamente bloqueado en esas penas el acceso al régimen abierto hasta haber cumplido la mitad de la condena.

La posterior reforma llevada a cabo en este precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio, tuvo lugar en dos direcciones diferentes: flexibilidad del periodo de seguridad, por una parte, y endurecimiento del régimen para determinado tipo de delincuencia, por otra. Efectivamente, la reforma de 2010 flexibilizó el régimen general de acceso al tercer grado al convertir el periodo de seguridad en facultativo, surgiendo entonces la cuestión de a qué criterios habrá de atender el juez o tribunal sentenciador para adoptar su decisión. Al no decirse nada en el texto legal habrá que acudir a los criterios generales que presiden la clasificación en el ordenamiento penitenciario, de modo que si tales criterios apoyan con claridad el acceso al tercer grado habrá que optar por permitir la clasificación en el mismo al margen de la duración de la pena. Este planteamiento viene también avalado por los criterios que se establecen en el último párrafo del apartado 2 del art. 36 CP para acordar la revocación del periodo de seguridad y la reversibilidad al régimen general de cumplimiento: las circunstancias personales del reo y la evolución en el tratamiento reeducador, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Por otro lado, la reforma de 2010 endureció el régimen de ejecución de la pena en relación con determinados delitos al establecer que cuando la duración de la pena sea superior a cinco años y se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII de Libro II del Código penal; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del artículo 183 (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años ahora) y delitos del Capítulo V del Título VIII del Código Penal (relativos a la prostitución y corrupción de menores), cuando la víctima sea menor de trece años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena. Como acertadamente considera Rodríguez Yagüe, «se parte así bien del entendimiento de que se trata de una delincuencia que es impermeable

(17) Tras la reforma llevada a cabo en el precepto por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, este párrafo ha pasado a ser el segundo del apartado 2 del art. 36 CP.

al tratamiento y a las posibilidades de resocialización, bien de la reafirmación prioritaria de otros fines para estos casos como son la retribución, la prevención general o la inocuización en detrimento del de resocialización» (18).

No obstante, en el párrafo último del precepto, se le permite al Juez de Vigilancia acordar la reversibilidad de la decisión con la consecuencia de la revocación del periodo de seguridad y la aplicación del régimen general de cumplimiento en determinados casos. «El juez de Vigilancia, establece el art. 36.2 en su último párrafo, 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». Es decir, que en relación con aquellos delitos en los que es obligatorio o preceptivo el periodo de seguridad ya no es posible dicha reversibilidad; no solo en los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VII del título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sino tampoco en los delitos del artículo 183 CP (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años ahora) y delitos del Capítulo V del Título VIII del Código Penal (relativos a la prostitución y corrupción de menores cuando la víctima sea menor de trece años). Esta posibilidad de reversión, prevista ya por la LO 7/2003, se introdujo para acallar las posibles críticas respecto a la constitucionalidad de acuerdo con el art. 25.2 CE, ya que para acordar el periodo de seguridad se atendía solo al criterio de la gravedad de la pena impuesta sin consideración alguna a la perspectiva resocializadora que es la que está a la base de la clasificación penitenciaria.

En todo caso para la aplicación del periodo de seguridad se tendrá en cuenta únicamente la duración de cada pena de prisión individualmente, sin que puedan sumarse la totalidad de las penas de prisión impuestas ni el tiempo de privación de libertad procedente de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (19). Esta es también la interpre-

(18) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 107.

(19) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 107; Acuerdos de los JVP en la XIII Reunión, Valencia, marzo 2004; AAP Barcelona, 30 junio 2004.

tación que finalmente ha adoptado Instituciones Penitenciarias (Instrucción 2/2005, de 15 de marzo de la DGIP) (20).

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, continúa con la línea de regular en el Código Penal el acceso al tercer grado, ahora en lo tocante a la pena de prisión permanente revisable, de nueva incorporación al sistema de penas del Código. El nuevo apartado 1 del artículo 36 CP dispone ahora que «la clasificación del condenado en tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos». Y añade en un segundo párrafo que «en estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho de prisión, en el previsto en la letra b)». En este caso, pues, la intromisión «penitenciaria» del Código penal alcanza hasta los mismos permisos de salida.

Por su parte, el nuevo artículo 78 bis, introducido por esta última reforma en el Código Penal establece que «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento: a. de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. b. de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. c. de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigado con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más».

Desde el punto de vista político-criminal, el establecimiento preceptivo de un «período de seguridad» para obtener la clasificación en tercer grado cuando se trate de penas superiores a cinco años, consti-

(20) *Vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), pp. 85-86.

tuye –según señalan Ramón García Albero y Nuria Torres Rosell– «un botón de muestra relevante del ocaso de las teorías de la reinserción y rehabilitación social ante el imparable auge de criterios preventivo-generales positivos que enmascaran, simple y llanamente, un neoretribucionismo mal disimulado, aun cuando pretendieran vestirse aludiendo al derecho del ‘ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta’. Un tal conocimiento, referido precisamente a la clasificación, como pretendía la ley, resulta conceptualmente inviable, salvo que se desnaturalice por completo el concepto, naturaleza y contenido de la clasificación misma» (21). No hay que olvidar que, de acuerdo con nuestro sistema penitenciario, la clasificación consiste en asignar al interno el régimen de vida más adecuado a su programa de tratamiento, que es individualizado y, por consiguiente, dependiente no tanto de la gravedad y duración de la pena, como de variables personales, como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (art. 102.2 RP). Por ello, como establece el art. 105.1 RP, «cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para estudiar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial», pues, según dispone el art. 72.4 LOGP, «en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». Vincular exclusivamente el acceso al tercer grado a la gravedad de la pena impuesta supone –como señalan los autores citados– la introducción de un elemento extraño al sistema de individualización científica que convertirá en inútil la revisión semestral de la clasificación hasta que no se haya cumplido la mitad de la pena impuesta, salvo que el JVP decida volver –cuando ello sea posible– al cumplimiento general y revoque el periodo de seguridad. Obligar a cumplir la mitad de la pena para poder acceder al tercer grado, incluso en contra de un pronóstico resocializador favorable, supone, como señala Rodríguez Yagüe, «tanto una vulneración de lo establecido en el artículo 72.4 LOGP que impide mantener a un interno en un grado inferior al que se merece por su evolución en el tratamiento, como la inclusión de criterios referidos a la proporcionalidad de las

(21) GARCÍA ALBERO, R. y TORRES ROSELL, N., «Artículo 36», en Quintero Olivares, G. (dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, cit. (nota 16), p. 437.

penas, que deben circunscribirse al ámbito legislativo y judicial, en una esfera, como la de la ejecución penal, que debe ser regida por el criterio de la resocialización» (22). En el mismo sentido reconoce Mapelli que el periodo de seguridad no solo aleja el sistema de progresión de las metas resocializadoras, sino que entra en contradicción con el principio programático del 72.4 LOGP (23).

La flexibilización que introdujo la LO 5/2010 en el periodo de seguridad al convertir su aplicación en facultativa en lugar de preceptiva atenúa en parte las críticas que se pueden dirigir a esta institución, pero no las elimina. El periodo de seguridad, que sigue siendo preceptivo para los delitos indicados en el párrafo tercero del artículo 36.2 CP, viene a desnaturalizar el sistema de clasificación diseñado por el ordenamiento penitenciario, pues aquella no se hace depender de la duración o el tiempo de cumplimiento de la condena impuesta, sino de la evolución del interno. Se introducen así factores ajenos al sistema de clasificación de nuestro sistema de individualización científica. Además, según este sistema, el interno no tiene por qué empezar por un determinado grado en el cumplimiento de la pena para ir progresando por los sucesivos periodos hasta llegar al periodo final, sino que, si lo aconsejan las condiciones personales del penado, puede ser clasificado inicialmente en segundo o tercer grado (art. 102, 3 y 4 RP), sin perjuicio, como ya se ha indicado, de tener en cuenta determinadas cautelas para hacerlo directamente en el tercero (art. 104.3 RP). «El periodo de seguridad, entiende Rodríguez Yagüe, supone la inclusión de un elemento muy importante de rigidez en el carácter flexible del sistema de individualización científica que nos devuelve lamentablemente a los estadios del régimen progresivo de comienzos del siglo xx (24). No hay que olvidar, como recuerda esta autora que «la legislación penitenciaria ya dispone de mecanismos para evaluar las necesidades de progresión de un penado a partir de su evolución individual e impedir una excarcelación temprana no respaldada por la existencia de criterios basados en un pronóstico favorable de reinserción» (25).

Pero no solo ha sido el establecimiento del periodo de seguridad lo que ha endurecido el paso al tercer grado. En la misma reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, se añadieron dos nuevos apartados 5 y 6 al artículo 72 LOGP que, como señala Rodríguez Yagüe, sólo tan-

(22) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 84.

(23) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 185.

(24) *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 84.

(25) *Ibidem*, p. 106.

gencialmente responden a criterios de evaluación del tratamiento y de progresión del individuo (26). Según el nuevo apartado 5 de este precepto para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento se requiere que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, norma que, según se establece en el precepto, se aplicará singularmente cuando el interno haya sido condenado por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al XIX del Libro II del CP. En consecuencia, habrá que entender con flexibilidad este requisito poniendo el acento en el esfuerzo o el compromiso realizado por el condenado o como dice el mismo art. 72.5 LOGP «considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño o indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición», por lo que las Juntas de Tratamiento tendrán que valorar ponderadamente sobre todo el esfuerzo, la actitud o el compromiso efectivos del interno tendentes a resarcir el daño ocasionado por el delito (véase en este sentido la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 2/2004). En sentido parecido se pronuncia ahora, tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 80.2.3^a, en materia de suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad, al disponer que el requisito «se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine». Como sostiene José Luis Díez Ripollés, condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, la progresión al tercer grado o la libertad condicional a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito resulta solo admisible en cuanto se integre en, o al menos no obstaculice, el proceso de reeducación y reinserción social

(26) *Ibidem*, p. 86.

del delincuente, objetivo que ha de predominar frente al de la mera reparación del daño cuando no sean compatibles» (27).

Según el art. 72.6 LOGP, en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales para poder progresar a tercer grado de tratamiento penitenciario, además de satisfacer la responsabilidad civil, el condenado tiene que cumplir otras condiciones o requisitos adicionales. En concreto este precepto establece que «del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades». También este requisito solo tangencialmente obedece a criterios de evaluación del tratamiento y de progresión del interno.

Con ello además, como señala Rodríguez Yagüe, «se incorpora una institución de carácter premial como la colaboración, contenida como atenuación de la pena en el artículo 579.4 (ahora 579 bis.3) CP, al ámbito de la ejecución penal, lo que implica subordinar el cumplimiento a conductas de naturaleza delatora y, con ello, introducir criterios mercantilistas que contradicen los principios que rigen este ámbito. Asimismo, sigue diciendo esta autora, estos requisitos suponen una importante interferencia ideológica en el interno al margen de que puedan tener poca relevancia práctica en tanto el modelo de ejecución penitenciaria en este tipo de delincuencia (clasificación en pri-

(27) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015, p. 56.

mer grado, no asunción del tratamiento, ausencia de permisos, cumplimiento íntegro) no es el más propicio para obtener una actuación colaboradora por parte del penado». Como con razón pone de manifiesto esta autora se trata de «la inclusión de elementos morales como el arrepentimiento y, con ello, de una intervención ilegítima en su libertad ideológica, produciéndose así una instrumentalización del recluso que, además de poder comportarle una inexigible autopuesta en una situación de riesgo vital, es de difícil consecución, pues en muchos casos, y si se encuentra desvinculado de la banda terrorista o asociación criminal como también se exige, no va a disponer de información necesaria para prestarla» (28).

IV. LAS CONDICIONES PARA LA OBTENCIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

En la pena de prisión es preciso distinguir entre dos conceptos o magnitudes: por una parte, la pena nominal a la que se le condena al sujeto en la sentencia y, por otra, la pena real que consiste en la cantidad de pena que se ejecuta materialmente. Como advierte Mapelli, las diferencias entre estas dos magnitudes solo tienen sentido en un sistema orientado hacia la prevención especial (29). Dentro de este planteamiento hay que encuadrar la institución de la libertad condicional, último período del sistema de tratamiento penitenciario en el que el penado, aun cuando pueda ser sometido a determinadas obligaciones o deberes, ya es excarcelado, si bien sigue cumpliendo todavía su condena hasta alcanzar el tiempo de la pena nominal impuesta en la sentencia.

No obstante, la reciente reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 ha dado una orientación nueva a la libertad condicional que, más allá del último período del sistema de individualización científica, pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena para la que se establece el correspondiente plazo de suspensión de dos a cinco años, sin que en todo caso pueda ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento (art. 90.5 CP). En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley (V) «al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el

(28) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), pp. 89-90. En el mismo sentido considera Díez Ripollés, J. L. que se trata de la imposición de «una conversión moral en toda regla que va más allá del rechazo sincero a la violencia y sus promotores» (*Delitos y penas en España*, cit. (nota 27), p. 104).

(29) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 106.

tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba». Es decir, el tiempo de libertad condicional ya no es tiempo de cumplimiento de la pena, como propiamente requiere el sistema de individualización científica, sino tiempo de suspensión de la ejecución del resto de la pena y, en consecuencia, se extiende a toda la institución la norma que con carácter excepcional venía rigiendo para los condenados por terrorismo desde la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (30). En consecuencia, en caso de revocación de la libertad condicional por incumplimiento de las condiciones, con este cambio sustancial en la naturaleza de la institución, el tiempo transcurrido en libertad condicional ya no se computa como tiempo cumplido y descontado del resto de la pena a cumplir al ingresar en prisión, sino que el interno tendrá que cumplir el tiempo de pena que ha pasado en libertad condicional y el que le quede aún por cumplir. Esto supone cumplir doblemente este período de la pena en cuanto que durante el tiempo pasado en libertad condicional ha estado sometido también a determinados deberes u obligaciones que no son tenidos en cuenta al ingresar de nuevo en prisión. Una solución ciertamente disfuncional y regresiva que viene a desnaturalizar por completo la naturaleza de la libertad condicional. Como atinadamente reconoce C. Rodríguez Yagüe, «se trata de una medida meramente retributiva y contraria no sólo al principio de reinserción, sino también al principio de cosa juzgada y al de seguridad jurídica» (31).

(30) De acuerdo con ello el artículo 90.6 CP dispone ahora que «la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena».

(31) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), p. 91. Para MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. «esta trascendental modificación supone relegar la histórica orientación preventivo especial de la institución en beneficio de las exigencias retributivas que consideran que la pena cumplida en libertad condicional no es suficientemente aflictiva (*Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 625-626).

En consecuencia, la libertad condicional se ha desnaturalizado por completo habiendo dejado de ser ahora una forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad de acuerdo con el principio de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, según consagra el art. 72. 1 LOGP. Como afirma Fernández Bermejo, «la libertad condicional se desnaturaliza, perdiendo la esencia con la que surgió, arrumbando el sistema de individualización científica, y alejándose de la finalidad perseguida por la Ley Penitenciaria y la Constitución Española, que no es otra que la conexión de los penados con la sociedad, acercándoles progresivamente a la libertad, y todo ello en aras de la consecución de la reinserción social» (32).

A la libertad condicional no se accede de manera automática, por el mero transcurso del tiempo, sino que se exigen determinadas condiciones o requisitos que tienen como base las posibilidades de reinserción social del condenado. En concreto, el artículo 90.1 CP exige que para que el juez de vigilancia penitenciaria acuerde la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y conceda la libertad condicional el penado deberá encontrarse clasificado en tercer grado, haber extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y haber observado buena conducta.

El requisito temporal de haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta —o en su caso las dos terceras partes (art. 90.2 CP) o incluso la mitad de la condena (art. 90.2 y 3 CP) (33)— constituye uno de los criterios tradicionales para poder obtener la libertad condicional. Es razonable que así sea tanto desde el punto de vista de poder verificar sobradamente las posibilidades de reinserción social del penado como desde el punto de vista de la prevención general, sobre todo en relación con penas largas de prisión que correrían el riesgo de quedar desnaturalizadas si se pudiera acceder en cualquier momento a la libertad condicional. No hay que olvidar además que el paso a la libertad condicional supone un salto cualitativo desde el punto de vista del sistema de individualización científica. Esto determina, por otra parte, que para acceder a la libertad condicional haya que estar previamente clasificado en tercer

(32) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La desnaturalización de la libertad condicional a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal», *La Ley Penal*, núm. 115 (julio-agosto 2015), p. 17.

(33) La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal, ha introducido una modalidad más de libertad condicional al haber extinguido la mitad de la condena para quienes, siendo su primera condena de prisión, esta no supere los tres años.

grado, lo cual no deja de ser una garantía de la no comisión de delitos al llegar el momento de la excarcelación (34).

Otro requisito tradicional, el de la buena conducta, no deja de plantear problemas desde la filosofía propia del sistema de individualización científica ya que, como se viene concibiendo tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia acerca más la libertad condicional a su naturaleza premial que al objetivo de la reinserción social. Ante la ausencia de una definición legal de la buena conducta, nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado que no deja de suscitar problemas interpretativos a la hora de su delimitación. No obstante, tanto la doctrina mayoritaria como la práctica jurisprudencial y penitenciaria han venido interpretando el requisito en conexión con el comportamiento disciplinario, como ausencia de sanciones por faltas graves o muy graves sin cancelar. En la práctica este requisito se ha automatizado al relacionarlo, no con el análisis de la actitud general del interno frente a las normas sobre el orden en el interior del establecimiento, sino con la simple constatación de la existencia o no de expedientes disciplinarios, por infracciones de faltas de las enumeradas en los arts. 108 y 109 del RP de 1981 –artículos que han conservado su vigencia por la disposición derogatoria única, apartado 3, del vigente RP– sin cancelar o sin prescribir (arts. 258 a 263 del RP) (35). Pero en modo alguno el requisito de la buena conducta puede convertirse en un premio a la adaptación a la vida carcelaria, sino que, yendo al fundamento y razón de ser de la libertad condicional, debe tratarse de un comportamiento del que pueda inferirse una vida en libertad –aunque no sea todavía definitiva– respetuosa con el orden normativo. No es de extrañar, pues, que incluso algún sector doctrinal llegue a cuestionar la oportunidad y procedencia del requisito al considerar que se trata de una valoración más propia del viejo sistema progresivo que del actual sistema de individualización científica, en el que lo que importa no es el buen comportamiento carcelario y el simple transcurso del tiempo, sino las exigencias del tratamiento resocializador o la proximidad a la meta resocializadora (36).

Teniendo en cuenta el fundamento y la razón de ser de la libertad condicional el requisito de la buena conducta no debería desvincularse

(34) GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 161.

(35) RODRÍGUEZ SÁEZ, J. A. y GARCÍA-BORES ESPÍ, J., «El tratamiento penitenciario», en Rivera Beiras, I. (coord.), *La cárcel en el sistema español. Un análisis estructural*, 2.ª ed., M.J. Bosch, Barcelona, 1996, p. 214.

(36) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Artículo 90», en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Trivium, Madrid, 1997, p. 1295.

del tratamiento, por lo que tendría que acercarse más a la conducta global del condenado que a su conducta meramente disciplinaria, en línea similar al planteamiento que se realiza con la clasificación penitenciaria dirigida a la individualización del tratamiento. No se ha de olvidar además que la libertad condicional, en concreto, constituye el último grado del sistema de individualización científica. Pues bien, la progresión y regresión de grado –al menos según las previsiones legales– no dependen del buen comportamiento penitenciario o disciplinario, sino de la conducta global relacionada con el tratamiento y la evolución de la personalidad del penado. Desde el punto de vista de la individualización científica lo que interesa –como señala Manzanares Samaniego– es la conclusión real sobre la madurez de la personalidad del reo en cuanto a su reeducación y reinserción social (37). La conducta –como conducta global del condenado, no solo disciplinaria– se ha de tener en cuenta y valorar como signo externo o manifestación de la evolución de su personalidad a efectos de poder medir su capacidad para vivir en libertad alejado del delito durante el disfrute de la libertad condicional.

La buena conducta ha de quedar subordinada, pues, a un pronóstico favorable de reinserción, lo cual plantea la necesidad de poder entender el requisito más allá de lo meramente disciplinario y de la ausencia de sanciones. A este respecto no se ha de pasar por alto que el anterior art. 90.1 CP no mencionaba el requisito de la observancia de buena conducta de forma autónoma e independiente sino dentro de la misma letra c) en conexión con el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, de modo que había de atenderse, más allá de la mera buena conducta carcelaria o disciplinaria, a aquella conducta global del penado –incluyendo la evolución en el tratamiento– que permitiera, como indicador, formular un pronóstico de reinserción favorable, en línea con el sistema individualizador, para el que lo decisivo es «que haya razones para suponer que (los penados) no volverán a delinquir» (38).

(37) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 37.

(38) *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit. (nota 37), p. 38. En cambio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. considera que la formulación conjunta de los requisitos de buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social sugiere que aquella es algo diferente de la evolución en el tratamiento (*Los permisos ordinarios de salida. Régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002, p. 38).

Pero llegados a este punto sería más razonable prescindir sin más de este requisito por anacrónico, espurio y perturbador (39). Desde el punto de vista *de lege ferenda* la «buena conducta» debería sustituirse por la «evolución favorable en la personalidad y en la conducta global del interno», en la línea de lo establecido para la clasificación penitenciaria y en un sentido que permitiera a la conducta servir de indicador –junto a otros– para poder formular el pronóstico favorable de reinserción social y de hacer vida en libertad al margen del delito. En este sentido, la LO 1/2015, de 30 de marzo, elimina del art. 90.1 c) CP el requisito de «que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social», aunque se siga conservando la exigencia de un cierto pronóstico de esta naturaleza al establecer una serie de indicadores que manifiesten o permitan inferir «los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Efectivamente «para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional» se exige ahora que «el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, *su conducta durante el cumplimiento de la pena*, sus circunstancias familiares y sociales». Entre esos indicadores concretamente se incluye expresamente «la conducta del penado durante el cumplimiento de la pena», ya sin ninguna adjetivación, de modo que con ella es posible entender la conducta global del penado en un sentido que permita inferir, junto al resto de indicadores, su capacidad para vivir en libertad alejado del delito. Pero llegados a este punto ya no tiene ningún sentido exigir además como requisito autónomo e independiente la «buena conducta» –ahora inequívocamente referida al comportamiento disciplinario o penitenciario y a la idea de premio o recompensa–, lo cual hará de ella un requisito, aparte de anacrónico y espurio, más perturbador e inoportuno que en la anterior redacción del art. 90.1 CP. La reforma de 2015 ha perdido, pues, una excelente ocasión para prescindir definitivamente de la «buena» conducta como requisito autónomo de la libertad condicional.

Pero, además, las reformas habidas en el CP han introducido requisitos excepcionales, sobre todo en relación con determinados tipos de delincuentes, que, aparte de endurecer considerablemente el

(39) Vid. GALLEGOS DÍAZ, M., «La buena conducta y sus variantes en el ordenamiento penal y penitenciario español: un requisito anacrónico y espurio», *Revista de Derecho Penal*, n.º 40, tercer cuatrimestre 2013, pp. 9-36.

acceso a la libertad condicional, malamente se compadecen con el sistema de individualización científica.

A los requisitos generales exigidos por el art. 90.1 CP para la concesión de la libertad condicional la Ley orgánica 7/2003 añadió un nuevo párrafo por el que se establecía que «no se entenderá cumplida la circunstancia anterior (la buena conducta y el pronóstico favorable de reinserción social) si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria». La redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo al párrafo tercero del art. 90.1 CP mantiene esta exigencia al establecerse que «no se concederá la suspensión de la ejecución del resto de la pena si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria», pero deja de vincular la satisfacción de la responsabilidad civil a la buena conducta y al pronóstico favorable de reinserción social.

A partir de 2003 se vino presumiendo, pues, *iuris et de iure* que no se cumplía con el requisito del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social hasta que el penado no hubiera satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos en esos preceptos de la LOGP. Sin embargo esta exigencia en realidad nada tiene que ver con el citado pronóstico, pues como señaló Mapelli Caffarena, reparar o indemnizar a la víctima puede ser una estrategia para obtener el beneficio pero no indica nada desde una perspectiva resocializadora (40). Por ello, como ya se ha indicado, la regulación actual, tras la reforma de 2015, mantiene la exigencia de haber satisfecho la responsabilidad civil, pero desconectada del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (41).

En todo caso, según dispone el último párrafo del artículo 90.1 CP, la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72.5 LOGP, en el sentido de valorar «la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios mate-

(40) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 194.

(41) Como ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., el pago de dicha obligación es una cuestión distinta del pronóstico de futuro que valora las posibilidades de reinserción social en el que se basa la libertad condicional [*Derecho Penal. Parte General*, cit. (nota 31), p. 626].

riales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición». De acuerdo con ello en modo alguno deberá exigírsele al condenado la plena satisfacción de la responsabilidad civil en términos estrictamente económicos, sino siempre valorando sus esfuerzos y las posibilidades concretas de hacer frente a ella (42). En este sentido el artículo 90.4 CP establece ahora que «el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión del resto de la pena cuando el penado...no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado...».

Llama la atención que el legislador reitere este requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil para obtener la libertad condicional cuando ya lo ha exigido para progresar a tercer grado y constituir este periodo del tratamiento penitenciario una condición indispensable para obtener la libertad condicional. «No obstante –indica Mapelli–, puede que el legislador haya estimado conveniente mantener esta reiteración de requisitos a la vista de que no se trata de una mera constatación objetiva, sino que se realizan juicios de valor («considerando a tales efectos la conducta efectivamente...») y a la vista de que procede de órganos distintos: en el caso del tercer grado, de la Administración penitenciaria y, en el caso de la libertad condicional, del JVP» (43).

La LO 7/2003, de 30 de junio, en paralelismo con lo que se establece en el art. 72.6 LOGP para la obtención del tercer grado, exigió también requisitos especiales para obtener la libertad condicional cuando se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, de modo que mientras el condenado no muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado con las autoridades no podrá obtener la libertad condicional. «En el caso de

(42) SALAT PAISAL, M., «Artículo 90», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 7.ª ed., cit. (nota 16), pp. 679; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. (nota 31), p. 627.

(43) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), pp. 194-195.

personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código –establece el art. 90.8 CP-, la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades». Para que en relación con estos delitos se pueda conceder la libertad condicional se requieren, pues, dos condiciones: signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haber colaborado con las autoridades. Esta colaboración podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de las actividades delictivas, el abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas del delito cometido y, además, mediante los informes técnicos que acrediten la desvinculación de la organización y del entorno de la misma. «Esta nueva exigencia, según Tamarit Sumalla, hasta cierto punto razonable en abstracto, dado que la vinculación con una organización delictiva difícilmente puede considerarse compatible con un pronóstico favorable de resocialización, ha sido introducida con una mentalidad punitiva y restrictiva de beneficios que se percibe en la Exposición de Motivos de la Ley y que se hace presente en diversos aspectos de la norma comentada, hasta el punto que el legislador se extralimita al incurrir en lo que se ha denominado «prohibición de la simpatía», como se refleja en la alusión al abandono de los fines de la actividad terrorista y en la demanda de desvinculación del entorno» (44). «Con esta previsión –como indican Muñoz Conde y García Arán– se endurece todavía más el acceso a la libertad condicio-

(44) TAMARIT SUMALLA, J. M., «Artículo 90», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 6ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 622.

nal para dichos condenados, que en casos de penas graves también son tratados de manera diferente por los artículos 78.2, segundo párrafo, y 78 bis. 3 CP», al fijarse su libertad condicional en el momento en que les quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento (art. 78.2) o hayan extinguido un mínimo de veintiocho o de treinta y cinco años de prisión, según los casos (art. 78 bis 3) (45). Exigir que, en este momento, como señalan estos autores, se proporcione información útil a las autoridades es ilusorio y si, además, debe satisfacerse una responsabilidad civil que no se ha podido ejecutar durante treinta y cinco años, es fácilmente deducible que el precepto pretende eliminar la libertad condicional en estos supuestos (46). Como ya se indicó a propósito del acceso al tercer grado, las interferencias ideológicas y moralizantes no son las más adecuadas para obtener una actuación colaboradora (47).

V. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 78 DEL CÓDIGO PENAL

Durante el régimen franquista las penas privativas de libertad eran especialmente largas, pudiéndose llegar también a penas de reclusión de hasta 40 años (además de contar con la pena de muerte). Pero la redención de penas por el trabajo reducía considerablemente el tiempo de la condena al considerar redimidos un día de pena por cada dos de trabajo, con lo que si a estos efectos se unían los de la forma extraordinaria de la institución y los de la libertad condicional, el resultado solía ser la excarcelación prácticamente a la mitad del cumplimiento de la condena. Por otro lado, esta reducción del tiempo de la condena se producía de forma automática e indiscriminada, con independencia de que el condenado efectivamente hubiera desempeñado algún trabajo en el establecimiento. Este panorama cambió radicalmente con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 que, a efectos de garantizar el cumplimiento efectivo de las penas, suprimió la institución de la redención de penas por el trabajo. De esta manera ahora, si se hace abstracción del indulto, los condenados cumplen íntegramente la pena impuesta sin perjuicio de que en su último

(45) Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit. (nota 31), p. 627.

(46) MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *ibidem*, pág. 627.

(47) En esta línea vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., GUIASOLA LERMA, C. y ACALE SÁNCHEZ, M., «Libertad condicional: Artículos 90, 91, 92 y 93 CP», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 390-391.

período puedan salir excarcelados al amparo de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, cuyas condiciones de obtención, como ya se ha indicado, fueron también particularmente endurecidas por las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo.

Pero además el CP 1995 incluyó una norma sin precedentes en nuestro Derecho: el artículo 78. La regla básica de este artículo se dirige a restringir, cuando no a eliminar abiertamente, el acceso a la libertad condicional, los beneficios penitenciarios, los permisos de salida y el régimen abierto en aquellos casos en los que el límite de cumplimiento fijado en el artículo 76 para la acumulación de penas en los concursos de delitos sea inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. En estos supuestos el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que el cómputo para la obtención de la libertad condicional, los beneficios penitenciarios, el régimen abierto y los permisos de salida se refiera a la totalidad de las penas impuestas (100 o 200 años, por ejemplo) y no al límite máximo de cumplimiento (25, 30 o 40 años, por ejemplo). De este modo carecerán de efectividad la libertad condicional y los beneficios penitenciarios y, en consecuencia, el condenado cumplirá de modo íntegro y efectivo la pena hasta haber alcanzado el límite máximo legal, sin haber podido progresar al tercer grado (período de semilibertad) y quizá sin haber podido disfrutar siquiera de permisos de salida.

El artículo 78 CP trae origen de la polémica surgida a propósito de establecer el cumplimiento efectivo de la pena para ciertas clases de delincuentes, como terroristas, traficantes de drogas o miembros de organizaciones criminales (48). Con él se trata de evitar que los límites de cumplimiento del artículo 76 CP vengán a desvirtuar la condena impuesta en los supuestos concursales, ya que en estos casos se produce un distanciamiento entre el tiempo nominal de la pena impuesta en la sentencia y el tiempo efectivo de permanencia en prisión, sin contar, además, que estos límites de cumplimiento pueden verse a su vez reducidos en cuanto al tiempo efectivo de internamiento por algunas instituciones, como la libertad condicional o los beneficios penitenciarios. La consecuencia de ello es que las condenas no se cumplen en su totalidad o que, al menos, una parte de su cumplimiento no se ejecuta en régimen de privación de libertad. Esta situación suele provocar, particularmente en relación con determinados delincuentes, reacciones

(48) Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit. (nota 36), p. 1240; GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 78», en Quintero Olivares, G. (Dir.) y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al Código penal Español*, t. I, 7.^a ed., cit. (nota 16), p. 608.

contrarias en la opinión pública (falta de credibilidad y confianza en la justicia y en el sistema penal) que han generado un movimiento a favor de que el alcance de esa consecuencia no se extienda a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios.

A partir de estos presupuestos el CP 1995, por medio del artículo 78, introdujo una especie de correctivo en la aplicación de la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios que hiciera posible el cumplimiento efectivo por parte de los condenados a penas de prisión, muy particularmente de larga duración, por el procedimiento de calcular los cómputos de tiempo para alcanzar la concesión de aquellas instituciones no sobre los límites de cumplimiento, sino sobre la totalidad de la condena y, de esa manera, poder acortar la distancia entre la duración de la pena impuesta en la sentencia y la efectivamente cumplida (49). Según el párrafo primero del artículo 78 CP, en su versión originaria, «si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente» en lugar de a la pena a cumplir establecida según los límites del concurso de delitos establecidos en el artículo 76. Así, en concreto, cuando, a consecuencia de las limitaciones establecidas en este artículo para los supuestos de concurso, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, la libertad condicional y los benefi-

(49) En su Sentencia de 6 de febrero de 2001 (RJ Aranzadi 497) el Tribunal Supremo definió al artículo 78 como «un mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica de penas establecido para actuaciones delictivas de extrema gravedad que atenten contra una pluralidad de bienes jurídicamente tutelados, con el fin de procurar que la aplicación mecánica de dicha regla acumulativa puede desembocar en una generalizada conciencia de impunidad de las actuaciones criminales que superen el límite prevenido en el art. 76: es decir que a partir, por ejemplo, de uno o dos homicidios, la privación de la vida de cualquier otra persona carezca en la práctica de efecto punitivo alguno porque las primeras agresiones ya han superado el límite legal». Sobre la imputación de beneficios penitenciarios en supuestos de refundición de condenas referidos a hechos cometidos bajo la vigencia del Código Penal, Texto Refundido de 1973, véase Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006 [*La Ley*, 2006, tomo 1 (JURIS 338), pp. 1039-1045] y comentarios a la misma en SANZ MORÁN, Á., «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero), en *Revista de Derecho Penal*, n.º 18 (mayo 2006), Editorial Lex Nova, pp. 11-43; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación al denominado *caso Parot*», *La Ley*, 2006, tomo 2, pp. 1325-1327.

cios penitenciarios se podrían referir a esa totalidad, es decir, que los cálculos necesarios para su concesión (por ejemplo, las tres cuartas partes de la condena para poder alcanzar la libertad condicional) podrían calcularse en relación con la totalidad de las penas impuestas en lugar de hacerlo a partir de los límites de cumplimiento.

A través de este mecanismo se consigue establecer para determinados condenados un régimen de acceso a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios distinto del aplicable con carácter general pudiéndose llegar a cumplir de forma efectiva los límites de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 CP, límites temporales que en ningún caso se pueden rebasar (50). Este régimen de acceso a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios para determinados supuestos, distinto del aplicable con carácter general en casos de acumulación de penas, supone una restricción de la aplicación de los mismos y en algunos supuestos puede llevar a su desaparición (51), acercando así la duración de la pena efectivamente cumplida a la duración de la pena impuesta en la sentencia.

La situación amparada por el artículo 78 se vio también notablemente endurecida por la LO 7/2003, de 30 de junio, al establecer, por un lado, que el acuerdo a que facultativamente podía llegar el juez o tribunal sentenciador se convertía en preceptivo en los supuestos de los límites extraordinarios de cumplimiento (de 25, 30 o 40 años) del artículo 76.1 CP y, por otro, que la aplicación del precepto, además de a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios, se extendía también a los permisos de salida y a la clasificación en tercer grado. Por ejemplo, si un sujeto era condenado por la comisión de cuatro asesinatos a dos penas de veinte años de prisión por dos de ellos (art. 139) y a otras dos de veinticinco años por los otros dos delitos (art. 140), el límite máximo de cumplimiento no podía exceder de cuarenta años (art. 76.1.c). Pero como este máximo de cumplimiento era infe-

(50) Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., «La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente», en Cid, J. y Larrauri, L., *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 246. Los límites del artículo 76 no pueden ser rebasados y al alcanzarse los mismos deberán declararse extintas todas las penas acumuladas, aunque la mitad de su suma exceda del límite que se haya fijado en el caso concreto de acuerdo con aquel precepto (CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit. (nota 36), p.1243).

(51) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), pág. 205; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 44; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. PG*, cit. (nota 31), p. 591; GRACIA MARTÍN, L. (COORD.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 34), pp. 161-162.

rior a la mitad de la suma (cuarenta y cinco años), el Juez o Tribunal debería acordar obligatoriamente que la libertad condicional y los beneficios penitenciarios se refirieran a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia y no a los cuarenta años de cumplimiento efectivo. De este modo, en casos de penas muy altas quedaban sin efectividad los beneficios penitenciarios, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional, y aun los permisos de salida, y, en consecuencia, el condenado sería excarcelado al alcanzar el límite máximo de cumplimiento de los 25, 30 o 40 años, efectivamente cumplidos, sin haber podido progresar al tercer grado y quizá sin haber podido disfrutar de permisos de salida (52). Afortunadamente la LO 1/2015, de 30 de marzo ha eliminado del artículo 78 la aplicación preceptiva de ese régimen oclusivo en los supuestos de límites extraordinarios del artículo 76.1 CP.

No obstante, en el apartado 2 del artículo 78 se prevé la desactivación razonada de este régimen de cumplimiento y el retorno al régimen general por parte del 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..., oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes». Pero este regreso al régimen general de cumplimiento se ha visto en general seriamente endurecido por la LO 7/2003, en relación con los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales dejando muy poco margen a la rehabilitación social del condenado. A este respecto el apartado 2 del artículo 78, en su párrafo segundo, sigue disponiendo que «si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena». En estos delitos, pues, la posibilidad de volver al régimen normal de cumplimiento sólo será aplicable, según establece el art. 78.2, al tercer grado penitenciario y a la libertad condicional. Pero en realidad tal posibilidad desaparece casi por completo, pues el régimen abierto sólo se podrá obtener cuando quede

(52) GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 34), pp. 161-162, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*. PG, cit. (nota 31), p. 591.

por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena y la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte. Es decir, en el supuesto de que un terrorista fuera condenado a penas que suman 100 años (dos de 25 años y cinco de 10 años, por ejemplo), de acuerdo con el artículo 76.1 d), el límite máximo de cumplimiento efectivo será de cuarenta años. En consecuencia, la única posibilidad con que cuenta el Juez de Vigilancia es acordar el acceso al tercer grado al cumplir 32 años y la libertad condicional al cumplir los 35 años. Nada dice el precepto, en cambio, de los permisos de salida y de los beneficios penitenciarios, pero el artículo 90.8 CP, en su último párrafo, excluye expresamente a esta categoría de condenados de los supuestos de adelantamiento de la libertad condicional que, de acuerdo con el artículo 202.2 RP, tienen la consideración de beneficios penitenciarios.

El artículo 78 CP ha sido objeto de una crítica casi unánime por parte de la doctrina ya desde 1995 por los efectos restrictivos que comporta. Pues bien, la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, vino a hacer aún más insostenible la situación, ya que, además de que el acuerdo de aplicar el régimen excepcional tuviera que ser preceptivo en los supuestos en que el límite máximo de cumplimiento superara los 20 años (art. 78.2 CP), extendió el alcance de la regla también a la clasificación en tercer grado y a los permisos de salida.

Estos efectos llegaron a ser calificados de inhumanos (53) a pesar de que se permita el regreso al régimen normal de cumplimiento, posibilidad de reversibilidad que lógicamente pretende salvar una posible inconstitucionalidad del precepto por no atender al mandato del artículo 25.2 CE de orientar las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del penado (54). Pero, en todo caso, en los

(53) *Vid.* NAVARRO VILLANUEVA, C., «La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente», cit. (nota 50), p. 246.

(54) *Vid.* CONDE-PUMPIDO, C., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit. (nota 36), p. 1243; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995», cit. (nota 5), p. 39. En su Sentencia de 6 de febrero de 2001 (RJ Aranzadi 497) la Sala Segunda del Tribunal Supremo recuerda que esta norma «recibió un sentido más en consonancia con los principios generales del Derecho Penal al establecerse como una regla general y no discriminatoria para una tipología de autores», adaptándose «a la función rehabilitadora de la pena mediante el establecimiento de un paliativo consistente en que si a la vista del tratamiento penitenciario resultase procedente la superación de esta medida especial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

supuestos de terrorismo o de crimen organizado, la vuelta al régimen general de cumplimiento supone no disfrutar de ningún beneficio penitenciario ni de permisos de salida, como ha quedado expuesto.

Por razones retributivas y de prevención general es razonable y lógico que las penas se cumplan efectivamente, pero ello no significa que tengan que desaparecer los principios de la clasificación penitenciaria y los beneficios penitenciarios, pues constituyen una institución de prevención especial necesaria y esencial para el sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, con tal que no se apliquen de forma automática e indiscriminada. No se ha de olvidar que la duración de la pena puede ser excesivamente larga o resultar ya innecesaria o incluso contraproducente de acuerdo con la evolución del tratamiento, por lo que instituciones como la clasificación en tercer y cuarto grado y los beneficios penitenciarios que, renunciando a la retribución y prevención general por razones de prevención especial, acorten la condena, o al menos la mitiguen o reduzcan el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, pueden venir a remediar estas situaciones. El propio sistema penitenciario no puede dejar enteramente cerrada la esperanza al penado. Tiene que ofrecerle posibilidades de acortamiento de la condena o de reducción de la duración efectiva de la pena creando en él estímulos que le ayuden a colaborar en el tratamiento para avanzar en la línea de su reeducación y reinserción de acuerdo con el mandato constitucional.

Con el artículo 78 CP, aparte de dar entrada subrepticamente a una prisión perpetua, como señala C. Rodríguez Yagüe, «se quebranta el principio de reinserción social, al excluir *a priori*, en función de un criterio como la gravedad de la condena, la posibilidad de acceso a figuras como los beneficios penitenciarios o la libertad condicional, diseñados para lograr la vuelta a la sociedad del interno y para reducir la dureza de la vida en prisión. También el criterio de la gravedad del delito choca con el principio de individualización científica, que exige la adecuación de la ejecución en sede penitenciaria a las condiciones individuales del sujeto y a su respuesta ante el tratamiento penitenciario» (55). «El legislador olvida además –sigue diciendo la citada autora– que la normativa penitenciaria ya cuenta con mecanismos para lograr un resultado similar en el sentido de que aquellos internos que no cumplan los requisitos establecidos para ello, a partir de un examen individualizado sobre su situación, no podrían acceder al tercer grado, a los beneficios penitenciarios o a la libertad condicional, lo que debería alejar el miedo a una aplicación automática e indis-

(55) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1), pp. 74-75.

criminada de estas figuras por parte de la Administración penitenciaria y de los Jueces y Tribunales que produzca nuevamente ese temido vaciamiento de la condena» (56).

Como con razón considera Mapelli, «aparte de las dudas de constitucionalidad y eficacia que suscitan dichas normas, en la medida que la finalidad resocializadora se aplica por igual a todas las penas privativas de libertad, sea cual sea su duración, y a todos los penados independientemente del delito cometido, el contrasentido de la disposición es manifiesto, ya que se ponen obstáculos para aplicar esos instrumentos precisamente allí donde más se necesitan. Tratar de enmendar estas graves objeciones dándole posteriormente competencias al JVP para que las corrija en el transcurso de la ejecución no es arreglar nada y, además, introduce un procedimiento de corrección difuso que se presta a todo tipo de arbitrariedades» (57).

VI. CONCLUSIÓN CRÍTICA

El sistema de ejecución de la pena de prisión vigente en España responde a las características del modelo de individualización científica, como lo denomina el art. 72.1 LOGP, orientado a la reeducación y reinserción social del penado, de acuerdo con el mandato constitucional (art. 25.2 CE). Pero las situaciones que se han analizado en este trabajo y que son fruto de determinadas reformas habidas en el Código Penal van abiertamente en una línea distinta. Las trabas para el acceso al tercer grado o a la libertad condicional, los efectos oclusivos del art. 78 en relación con estas situaciones y el acceso a los beneficios penitenciarios, así como la situación excepcional de mayor severidad en relación con el terrorismo y los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, para los que se excluye de entrada también el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional del art. 90.2 y 3 CP (art. 90.8, segundo párrafo), suponen una desnaturalización del Derecho penitenciario por parte del Derecho penal. El sistema de individualización científica se ha ido desnaturalizando progresivamente en la medida en que para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional ya no se tiene en cuenta la evolución del condenado, es decir, criterios de prevención especial, sino la clase o gravedad del delito, es decir, criterios de prevención general o simplemente de retribución.

(56) *Ibidem*, p. 75.

(57) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit. (nota 16), p. 84.

Las reformas llevadas a cabo en el Código penal en 2003 y 2010, particularmente la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, están orientadas, en palabras de Mapelli, «a desmontar la idea de la resocialización como principio universal» y «a favorecer y consolidar este modelo de política penitenciaria de orden y seguridad» (58). «Y es que, a fuerza de creación de excepciones al sistema –señala Rodríguez Yagüe–, éste deja de ser garantizador de los principios en los que el modelo de ejecución penitenciaria ha estado hasta ahora fundamentado (humanidad, resocialización, proporcionalidad) materializándose así una clara política legislativa que crea un nuevo modelo de mayor dureza» (59). En esta línea se sitúa la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de en la desnaturalización llevada a cabo con la libertad condicional, en lo que se refiere también a la introducción en el catálogo de penas de la mal llamada prisión permanente revisable. Los efectos de la prisionización, el sometimiento a la disciplina del centro y la alta desocialización que supone esta pena de prisión, por mucho que se hable de posibilidades de revisión y muchas esperanzas que pueda albergar el condenado de salir algún día en libertad, hacen que resulte muy difícil que el condenado pueda volver a reintegrarse en la sociedad en condiciones aceptables. A ello hay que sumar el hecho de que en el mejor de los casos el condenado no pueda acceder al tercer grado hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva y a la libertad condicional hasta que no haya cumplido veinticinco años de su condena tratándose de instituciones que constituyen instrumentos para ayudar a conseguir la reeducación y reinserción social.

Una de las consecuencias más claras de la política criminal que ha inspirado las reformas llevadas a cabo en el Código penal vigente ha sido el aumento de la población penitenciaria. Y no tanto por haberse aumentado las penas –aunque en algunos casos también– como por las dificultades para obtener el tercer grado o la libertad condicional, dando lugar de ese modo a un aumento del tiempo medio de permanencia en prisión así como a situaciones de hacinamiento y superpoblación carcelaria que impiden cualquier clase de tratamiento. Esta situación contrasta abiertamente con nuestra tasa de criminalidad que, desde hace ya un tiempo, va reduciéndose de año en año.

En su afán por consolidar ese modelo de orden y seguridad el legislador pasa por alto que el propio sistema de individualización científica no es automático, sino que dispone de sus propios mecanismos y dis-

(58) MAPELLI CAFFARENA, B., *ibidem*. pp. 101-102.

(59) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español...*, cit. (nota 1) pp. 100-101.

positivos en la valoración individualizada de los requisitos establecidos para el progreso al tercer grado, la concesión de la libertad condicional o el disfrute de permisos y beneficios penitenciarios sin tener que recurrir a excepciones y oclusiones generalizadas.

Después de las reformas de que ha sido objeto desde su promulgación, especialmente las llevadas a cabo por la LO 7/2003 pero también por la LO 1/2015, el CP queda muy alejado de aquellos propósitos del legislador de 1995 de conseguir «una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna» (60).

(60) Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

La legítima defensa frente a omisiones*

IVÓ COCA VILA

Becario de la Fundación Alexander von Humboldt
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

RESUMEN

El presente artículo se ocupa de uno de los problemas fundamentales que plantea la confluencia de la dogmática de la legítima defensa y el delito omisivo, a saber, si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en legítima defensa. Tras analizar las tesis doctrinales que niegan de plano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a omisiones y aquellas que sí reconocen –con carácter general o particular– dicha posibilidad, se procura aquí una revisión del tratamiento dogmático del problema desde el fundamento de la legítima defensa y la naturaleza jurídica del deber infringido por el agresor.

Palabras clave: *Legítima defensa, Agresión omisiva, Omisión, Estado de necesidad defensivo, Estado de necesidad agresivo, Deber de garante, Deber de socorro.*

ABSTRACT

This paper addresses the cardinal topic posed by the confluence of the theories of self-defense and omissive crime, namely if and against which kind of omissions it is allowed to respond in self-defense. After analyzing the doctrinal theses that categorica-

* El presente artículo trae causa de la ponencia presentada bajo el mismo título en las *IV Jornadas Internacionales en homenaje al Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez*, celebradas en la Universidad de Navarra entre los días 23 y 24 de febrero de 2017. A todos sus asistentes y, en especial, al Prof. Omar Palermo, agradezco sus valiosos comentarios, del mismo modo que agradezco al Prof. Marcelo Lerman su pormenorizada revisión crítica del manuscrito final. Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad «La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa». Referencia: DER2013-41252-P.

lly deny the possibility of responding in self-defense against omissions and those that recognize –with a general or particular character– this possibility, this paper aims at reviewing the dogmatic treatment of the problem from the foundation of self-defense and the legal nature of the duty violated by the aggressor.

Key words: Self-defense, Attack by omission, omission, Defensive State of Emergency, Aggressive State of Emergency, Guarantor's duty, Duty to rescue.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La legítima defensa como respuesta frente a agresiones exclusivamente activas.–III. La legítima defensa frente a agresiones omisivas. 1. Introducción. 2. La legítima defensa frente a omisiones propias e impropias. 3. La legítima defensa frente a omisiones impropias: 3.1. La exclusión de la legítima defensa frente a omisiones propias. 3.2. Legítima defensa frente a la infracción de todo deber de garante. 3.3. La legítima defensa frente a la infracción de deberes de garante negativos. 3.4. La legítima defensa frente a la omisión del garante en cuya esfera se encuentra el foco de peligro.–IV. La legítima defensa como instrumento jurídico restitutorio frente a la infracción de deberes de garante. 1. Introducción. 2. La legítima defensa como instrumento jurídico restitutorio. 3. La taxonomía tripartita de los deberes jurídico-penales: deberes de competencia plena, preferente y mínima. 4. La legítima defensa como respuesta a la infracción de deberes de competencia plena. 5. La respuesta defensiva frente a la infracción de deberes de competencia preferente y mínima.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Que el socorrista que permanece de brazos cruzados tras advertir que un bañista pelagra de morir ahogado ha de responder penalmente por un homicidio es a día de hoy algo tan evidente como que el sujeto que es atacado sorpresivamente con un arma blanca puede defenderse violentamente frente a su injusto agresor. La legítima defensa, cuya legitimidad forma parte del núcleo más íntimo de certezas compartidas en la filosofía del Derecho y en la ciencia penal es, sin lugar a duda, una de las instituciones centrales en cualquier ordenamiento jurídico-penal contemporáneo. Por su parte, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a un sujeto por un comportamiento omisivo, incluso en igualdad de condiciones respecto de la comisión activa de un delito, constituye también en la doctrina penal continental contemporánea un lugar común. Sin embargo, la relativa certidumbre que caracteriza ambos mundos por separado se desvanece tan pronto como

se llega al estuario donde confluyen (1). Hasta donde alcanzo, son tres, en esencia, las preguntas que plantea la toma en consideración conjunta de la dogmática del delito omisivo y de la legítima defensa.

Por un lado, se plantea la posibilidad de justificar en legítima defensa comportamientos (típicos) omisivos (*omisión en legítima defensa*). Al respecto, afirma la doctrina dominante alemana que la defensa necesaria puede consistir tanto en un actuar como en un mero omitir (2), de modo que, por ejemplo, la mujer que no libera al marido que ha sido encerrado por su hijo en el marco de una discusión omite de forma justificada cuando aquél amenaza en su encierro con acabar con la vida de ambos. Como demuestra el siguiente ejemplo, el escaso interés de la doctrina por esta clase de problemas no se justifica por su nimiedad: los ladrones (A) y (B) tratan de acceder a una fábrica escalando un muro conjuntamente, siendo que (A) se cae y queda gravemente herido. El propietario (P) de la fábrica descubre entonces a (A), pero omite socorrerle para evitar que (B) consuma el robo (3). ¿Puede quedar en este caso justificada la omisión del socorro debido (art. 195 CP) en legítima defensa? (4).

Por el otro, surge igualmente el problema de cómo valorar la omisión que sigue a un comportamiento lesivo justificado en legítima defensa (*omisión tras legítima defensa*). Mientras que para algunos autores, quien se defiende en legítima defensa quedaría obligado para con el agresor finalmente agredido por un auténtico deber de garante (tras injerencia) (5); es seguramente mayoritaria en la actualidad la tesis según la cual el agredido que se defiende en legítima defensa

(1) Apunta el problema ya ARZT, *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 81 y s.

(2) Cfr. KINDHÄUSER, «§ 32», *NK*, 4.^a ed., nm. 82; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 156; GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.^a ed., nm. 85; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1972, pp. 229 y s.; y en la doctrina española, *vid.* solo LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.^a ed., 2016, p. 392, nm. 44, p. 583, nm. 45. De otra opinión, en cambio, ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 31, nm. 203; o KRATZSCH, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968, pp. 22, 50: la defensa siempre tendría que ser activa.

(3) El ejemplo, levemente modificado, lo tomo de SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 16/82.

(4) La solución a este problema depende esencialmente de si (A) continúa siendo considerado injusto co-agresor tras quedar malherido. De ser así, en realidad, el propietario no estaría obligado por ningún deber de socorro. En este sentido, KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 135. Si, por el contrario, se entiende que (A) ya no agrade, la defensa necesaria recaería –en parte– sobre un tercero, por lo que la omisión del deber de socorro solo podría ser legítima cuando con ello se salvaguardara un interés esencialmente preponderante al que se deja a su suerte (estado de necesidad agresivo).

(5) Cfr. BÖHM, *Die Rechtspflicht zum Handeln*, 1957, p. 84; HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1972, pp. 295 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, pp. 266 y ss., 271 y ss. Dubitativo al respecto, KÜHL, *AT*, 8.^a ed., 2017, § 18, nm. 95.

solo quedaría obligado para con su agresor –a la postre necesitado– por un deber general de socorro como el regulado en el art. 195 CP o el § 323c StGB (6). Lo contrario, esto es, considerar garante a quien se ha defendido en legítima defensa, supondría desconocer que el único responsable de la situación de necesidad es el propio injusto agresor necesitado. Frente a ambas tesis se abre paso todavía una tercera, que niega que el agredido que se defiende en legítima defensa esté obligado siquiera a socorrer al necesitado en virtud del deber general de solidaridad mínima (7). ¿Por qué la víctima que se defiende con éxito habría de ser solidaria –bajo amenaza de pena– con quien unos segundos antes ha intentado de forma plenamente responsable, p. ej., acabar con su vida? La previa agresión ilegítima le habría de privar al agresor incluso de su pretensión general de solidaridad, como mínimo, frente al sujeto agredido (8).

(6) Sin ánimo de exhaustividad, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el código penal*, 1966, pp. 236 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10.^a ed., 2016, p. 336, nm. 66; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, 5.^a ed., 1998, pp. 407 y s.; JAKOBS, *ADPCP*, (52), 1999, p. 46; ROXIN, *AT*, v. II, 2003, § 32, nm. 181 y ss.; FREUND, *AT*, 2.^a ed., 2009, § 6, nm. 74; KÜHL, *AT*, 8.^a ed., 2017, § 18, nm. 94; HAAS, «§ 13», *Matt/Renzikowski*, nm. 85; o RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 288.

(7) Dogmáticamente ello se articula, o bien negando la exigibilidad del deber o, directamente, negando la situación de necesidad típica requerida por el § 323c StGB (*Unglücksfall*). Cfr. en este sentido, SPENDEL, «§ 323c», *LK*, 11.^a ed., nm. 46; RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 229; VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, pp. 371 y s.; WOHLERS/GAEDE, «§ 323c», *NK*, 4.^a ed., nm. 5; KAHLO, *Die Handlungsform der Unterlassung*, 2001, pp. 355 y s.; o WALTHER, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 507 y s., p. 510, quien de *lege ferenda* entiende que el sujeto que se ha defendido habría de quedar tan solo obligado a solicitar auxilio.

(8) Cfr. VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, pp. 371, quien aboga por la limitación o incluso supresión del deber de solidaridad de los terceros para con el agresor en apuros. En mi opinión, aun siendo cierto que el Derecho no puede desconocer a la hora de imponer un deber de socorro que el necesitado responsablemente ha provocado a través de su injusta agresión (contra el posterior obligado) su situación de necesidad, esto no implica que el necesitado pierda toda pretensión de ser salvado. A imagen y semejanza de lo que acontece en los supuestos de estado de necesidad agresivo provocado (COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 341 y ss.), el necesitado verá mermada su pretensión solidarística, de modo que el agredido solo habrá de socorrer a su agresor cuando el interés de éste prepondera de forma extrema frente al suyo. El más mínimo riesgo de reviviscencia de la agresión exige al agredido del deber de socorro y, dado que la causación del peligro (conforme a Derecho) no es razón suficiente para atribuir al agredido una posición de competencia preferente (art. 195.3 CP) [vid. COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 19 y ss.], aquél quedará tan solo obligado en virtud de lo establecido en el art. 195.1 CP. En este mismo sentido, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 327 y s.; y descartando el castigo ex art. 195.3 CP, vid. además DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 832 y s.

Y por último, se plantea igualmente la cuestión de si y en qué medida puede ejercerse legítima defensa frente a comportamientos típicos omisivos (*legítima defensa frente a una omisión*). Pese al escaso interés que tradicionalmente ha recibido esta cuestión en la discusión científica (9), éste es el principal y más complejo problema teórico que resulta de la confluencia de la dogmática de la legítima defensa y del delito omisivo. Cuatro son las cuestiones particulares principales que aquí se plantean. En primer lugar, es controvertido si y en su caso, qué tipo de omisión puede ser considerada agresión a los efectos del art. 20.4 CP. ¿Cabe agredir por omisión? ¿Cualquier garante agrede por omisión o solo el que ha causado previamente el peligro que no conjura? ¿Agrede quien deja de cumplir un deber de solidaridad mínima (art. 195 CP) o solo quien está obligado a evitar un resultado como garante? En segundo lugar, entre quienes aceptan que ciertas omisiones constituyen agresión a estos efectos, es igualmente controvertido tanto el momento en el que la agresión comienza a ser actual como el momento en el que deja de serlo (10). Se trata, en definitiva, de un problema parejo al del inicio y fin de la tentativa en el delito omisivo (11). Ni está claro, por ejemplo, en qué momento comienza la agresión omisiva de la madre que deja de alimentar a su hijo; ni el momento temporal, si es que en algún momento habría de poder justificarse, en el que la víctima que ha sufrido como consecuencia de una injusta agresión activa previa una lesión renal ya no puede recurrir de forma justificada al riñón de su agresor para salvar su propia vida (12). Esto último pone además a las claras el notable

(9) Hasta donde alcanzo, no existe en la literatura jurídico-penal española ningún trabajo dedicado a abordar de forma específica el problema. En Alemania sí se ocupan del problema monográficamente DENCKER, *Notwehr gegen Unterlassen*, 1953; y recientemente, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015. Y en sendos artículos doctrinales, LAGODNY, GA, 1991, pp. 300 y ss.; y SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 287 y ss.

(10) Con detalle, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 190 y ss.

(11) Vid. JOERDEN, *JuS*, (1), 1992, p. 27.

(12) Niegan la justificación de la extracción forzosa del órgano RÜPING, GA, 1978, p. 133; v. BUBNOFF, GA, 1968, pp. 69 y s.; JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 12/26; o PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 315, n. 131. Para DENCKER, *FS-Frisch*, 2013, p. 490, la justificación quedaría descartada porque la extracción no podría *de facto* llevarse a cabo cuando el hecho agresivo todavía fuera reciente. Admite en cambio la justificación ENGISCH, *Der Chirurg*, (38), 1967, p. 254. En la discusión *iusfilosófica* anglosajona, ilustra el problema con meridiana claridad McMAHAN, *Social Research*, (74:1), 2007, pp. 101 y ss., 108 y ss.: aun aceptando que el trasplante del órgano no es una defensa, sino un acto de restitución natural, queda por explicar por qué el Derecho no habría de tolerar un acto de compensación de esta naturaleza, o lo que es lo mismo, por qué la víctima habría de soportar su propia muerte cuando puede salvarse a costa de quien autorresponsablemente le ha puesto en

riesgo de burla del requisito de la actualidad para las agresiones activas a través del reconocimiento de agresiones omisivas. En tercer lugar, e íntimamente ligado con lo anterior, se plantea asimismo en este ámbito de un modo especialmente relevante el problema clásico del carácter subsidiario de la legítima defensa frente a las vías institucionalizadas de resolución de conflictos, en especial, cuando está en juego la propiedad o la posesión (13). Aunque no se trata ésta de una cuestión exclusiva de la legítima defensa frente a agresiones omisivas, pues concierne a toda la dogmática de los derechos (privados) de defensa (14), lo cierto es que resulta especialmente complejo delimitar las agresiones omisivas actuales frente a las que cabría legítima defensa de los meros estados injustos de cosas que un sujeto se niega a poner fin y que solo pueden ser restablecidos en el marco de un proceso judicial. Finalmente, en cuarto y último lugar, la legítima defensa frente a omisiones plantea a su vez importantes dificultades a la hora de precisar los límites de la reacción defensiva necesaria. Con carácter general se afirma que legítima defensa frente a una agresión omisiva podría llevarse a cabo, o bien apremiando al obligado a llevar a cabo la actividad que evite el resultado, por ejemplo, a través de una amenaza; o bien siendo el propio tercero quien evita la realización del peligro a costa de los intereses del obligado omitente; por ejemplo, hurtándole la barca para llevar a cabo el salvamento que el obligado en primera instancia se niega a efectuar. Sin embargo, pese a ser quizá la primera la forma más relevante en la praxis de conjurar agresiones omisivas, resulta muy complejo definir hasta qué punto y de qué modo cabe forzar al omitente a cumplir su mandato (15). Por un lado, la

peligro. Tratando de poner en jaque nuestras intuiciones morales, McMAHAN lleva la problemática referida un paso más allá (p. 108): un sujeto, para salvar su vida, consigue extraer forzosamente a un tercero el órgano que precisa. Asumiendo que es fácticamente posible, ¿pueden los terceros auxiliares necesarios practicar un nuevo trasplante forzoso para recuperarlo e implantárselo a quien le fue ilegítimamente arrebatado? Baste en este lugar con afirmar que quien expropia ilícitamente un órgano no agrede por omisión cuando se niega a restituirlo, pues no está obligado a devolverlo, ni siquiera en el marco de un procedimiento judicial. Un órgano humano, como *res extra commercium*, no puede ser objeto de obligación jurídica alguna (arts. 1271 CC).

(13) Cfr. al respecto ROBLES PLANAS, *Polít. crim.* (22), 2016, pp. 711 y ss.; o en detalle, LESCH, *Notwehrrecht*, 2000, pp. 57 y ss.

(14) Sobre la legítima defensa y la autotutela como excepciones al monopolio de la violencia estatal, cfr. p. ej., ISENSEE, *FS-Eichenberger*, 1982, pp. 27 y ss.

(15) Al respecto, con detalle, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 298 y ss.; y en la discusión filosófica, advierte claramente el problema ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, p. 218, pp. 226 y ss. Por su parte, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 45, restringe la legítima defensa a los supuestos en los que la acción va dirigida a controlar el peligro, negando la posibilidad de que la defensa vaya dirigida contra la persona que omite cumplir el

prohibición absoluta de la tortura o del trato lesivo de la dignidad del obligado excluiría por principio un amplio espectro de conductas defensivas *prima facie* necesarias (16). Por el otro, muchas de las medidas coactivas, en la medida en que es el propio omitente el que ha de cumplir su deber, resultan directamente inidóneas (17). ¿Qué sentido tiene amenazar de muerte a quien debo mantener en vida para que cumpla el deber de actuar que se niega a cumplir?

Pues bien, el presente trabajo se limita a analizar el problema de la legítima defensa frente a agresiones omisivas, más concretamente, la cuestión de si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en defensa necesaria. Para ello, se analizan acto seguido (II) los argumentos de quienes niegan de plano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a un comportamiento omisivo. Acto seguido se exponen las tesis de quienes sí aceptan esta facultad frente a un mero no hacer (III), ya sea con carácter general o ya sea solo frente a determinadas clases de omisiones. Finalmente, este trabajo concluye (IV) con una revisión del problema a partir del fundamento último de la legítima defensa y de la distinta naturaleza normativa de los deberes infringidos por el agresor: solo frente a la infracción responsable de deberes de garante cabe responder en legítima defensa, pues solo tales infracciones ponen en cuestión el núcleo esencial de la relación jurí-

deber de actuar. Salvando las distancias, se trata éste de un problema similar al de cómo proceder a la ejecución forzosa de obligaciones de hacer. La doctrina civilista contemporánea coincide en que el deudor refractario, p. ej., el pintor que se niega a acabar la obra debida, no puede ser forzado a cumplir la prestación activa (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Para un análisis histórico de algunas excepciones al principio de la incoercibilidad del *facere*, cfr. HALLEBEEK, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (10), 2013, pp. 216 y ss. A una posible coerción que lograra doblar la voluntad del deudor omitente se opondrían razones deontológicas (libertad y dignidad humana) y funcionales (acudir a la coacción directa no garantizaría la consecuencia del resultado útil para el acreedor). Al respecto, con detalle, MANRIQUE DE LARA MORALES, *ADC*, (3), 2001, pp. 1165 y ss., p. 1172. De forma consecuente, el ordenamiento procesal español se limita a prever, además del remedio indemnizatorio, el empleo de apremios personales o multas pecuniarias para tratar de conseguir que el deudor acabe cumpliendo en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo (art. 701 y ss. LEC). El sistema de ejecución de las obligaciones de hacer encuentra por último su cláusula de cierre en el delito de desobediencia de los arts. 410 y 556 CP.

(16) El problema ha sido vastamente tratado en el marco de la discusión sobre la «tortura salvadora». *Pars pro toto*, MERKEL, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 387 y ss.; HILL, *APQ*, (4), 2007, pp. 395 y ss.; KAUFMAN, *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, pp. 93 y ss.; o, recientemente, GRECO, en *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, pp. 427 y ss.

(17) Poniendo de manifiesto el problema LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 172; Joerden, *JuS*, (1), 1992, pp. 27 y s.; o IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 43.

dica entre agresor y agredido cuya garantía legitima el recurso –prácticamente ilimitado– a la violencia privada.

II. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO RESPUESTA FRENTE A AGRESIONES EXCLUSIVAMENTE ACTIVAS

En contra del sentir doctrinal mayoritario, existen todavía algunas voces que niegan a día de hoy la posibilidad de responder en legítima defensa frente a «meras» omisiones. Dos son los argumentos centrales esbozados en favor de esta tesis. En primer lugar, se recurre a un argumento de corte lingüístico: una «agresión», por definición, supone un ataque, un comportamiento activo (18). Este sería el único significado posible del término, tanto en el lenguaje natural, como jurídico, y ello no podría ser rebatido afirmando simplemente que el art. 11 CP o el § 13 StGB equiparan omisiones y acciones, pues tales cláusulas generales guardarían relación únicamente con los tipos delictivos, pero no les corresponde papel alguno a la hora de interpretar la noción de «agresión» en el ámbito de la legítima defensa (19). En segundo lugar, se afirma además que frente a una mera omisión, por definición, no cabría nunca una «defensa» en el sentido del art. 20.4 CP (20), pues ésta solo tendría sentido como reacción frente a quien inicia a través de su agresión un curso de lesión, pero no cuando se trata simplemente de conjurar un peligro que no crea el sujeto sobre el que habría de recaer la acción defensiva (21). La legítima defensa frente a omisiones, por definición, constituiría una legítima defensa que recae

(18) Así, PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.^a ed., nm. 10; SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 289; JOERDEN, *JuS*, (1), 1992, pp. 26 y s.; el mismo, en *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 54 y s.; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, pp. 193 y s.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, p. 112; KORIATH, *JA*, (3), 1998, p. 253, n. 28; o KÜHN, *Vermögensnotwehr und Selbsthilfe*, 1925, p. 29. En la doctrina española, asimismo CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6.^a ed., 1998, pp. 212 y s.; o GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 337.

(19) Vid. SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 291 y s.; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 194.

(20) En relación con el § 32 StGB, en este sentido, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 291; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 194; o WEBBLAU, *FS-Stuby*, 2004, p. 407. Y en un sentido parecido, KAUFMAN, *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, p. 109.

(21) Cfr. SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 290; FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 194; o HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 201, n. 19, p. 210, n. 31, quien no obstante acepta la posibilidad de legítima defensa frente a las omisiones que siguen a la provocación responsable del peligro, pues en tales casos sí cabría una «defensa» frente al peligro.

sobre un tercero. El peligro que amenaza al paciente cuando el médico se niega a tratarlo no proviene de éste, sino de la concreta enfermedad que padece el paciente. Y esto mismo valdría también cuando el omitente ha causado responsablemente el peligro (injerencia): lo único que pueden hacer la víctima (o su auxiliante) es forzar al omitente a que cumpla su deber, o injerirse en su esfera para llevar a cabo de propia mano la conducta necesaria, sin embargo, estas conductas no son defensivas, pues la «defensa» solo podría ser concebida como un acto de oposición o resistencia (22). En definitiva, una cosa es rechazar una agresión y otra muy distinta actuar o forzar al omitente a actuar en un determinado sentido para conjurar un peligro (23).

A partir de aquí, dos son las conclusiones extraídas en la doctrina contemporánea. Por un lado, es común en Alemania la tesis que sostiene la posibilidad de aplicar analógicamente el § 32 StGB para justificar hechos típicos frente a omisiones antijurídicas. Pese a que no se puede «agredir» por omisión, la equivalencia valorativa constatable entre algunas omisiones y las agresiones activas aconsejaría recurrir puntualmente a una interpretación analógica del § 32 StGB (24). Dado que se trataría de una analogía «*in bonam partem*», ésta no violentaría el principio de legalidad penal, al mismo tiempo que permitiría una aplicación controlada y restringida de la legítima defensa frente a omisiones (25). Así, por ejemplo, se afirma que solo cabría una legítima defensa –por aplicación analógica del § 32 StGB– cuando el agresor omite de forma contraria a deber la terminación de un estado antijurídico que ha provocado responsablemente (omisiones permanentes) (26), o cuando el agresor mantiene durante su fase omisiva el pleno dominio sobre una fuente de peligro (27).

Por otro lado, hay quien directamente ha extraído de lo anterior la conclusión de que no cabe bajo ningún concepto recurrir a la legítima defensa (ni directa, ni analógicamente) para justificar hechos típicos

(22) Así, SCHUMANN, *FS-Denker*, 2012, p. 291.

(23) Cfr. KAUFMAN, *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, pp. 109 y s.

(24) Cfr. FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 195.

(25) Algo supuestamente imposible para quien aceptara que tales casos quedan cubiertos por los preceptos estándar reguladores de la legítima defensa. Así, FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 195, n. 8.

(26) Vid. PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.^a ed., nm. 11, quien afirma además que el margen de actuaciones justificables en legítima defensa frente a omisiones quedaría sustancialmente reducido, por un lado, por la atipicidad de la coacción (*Nötigung*) no reprochable en atención a su fin (§ 240 II StGB); y, por el otro, por la primacía de las normas especiales de justificación frente a afectaciones de la propiedad contenidas en el BGB [§§ 228 (estado de necesidad defensivo), 229 (autotutela), 904 (estado de necesidad agresivo)].

(27) Cfr. FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, p. 196.

frente a meras omisiones (28). Esta conclusión, apenas patrocinada en la doctrina contemporánea, no solo encontraría apoyo en el tenor literal de la ley, sino que vendría asimismo respaldada por un argumento teleológico: la problemática que suscita la misma posibilidad de reaccionar en legítima defensa frente a un mero no hacer es tanta y de tan difícil solución que sería preferible negar directamente dicha posibilidad. Piénsese solo en los problemas para definir la actualidad de la agresión por omisión, la necesidad (abstracta y concreta) de la conducta típica a justificar o la tortuosa relación entre las vías institucionalizadas de resolución de conflictos y la pretendida legítima defensa frente a omisiones. Estos y otros muchos obstáculos, en realidad, no harían más que poner en evidencia que la *ratio* misma de la regulación de la legítima defensa es incompatible con la respuesta frente a omisiones y que tales supuestos, en definitiva, habrían de ser resueltos por otras vías legales (29). A falta de una regulación especial como la de la autotutela del § 229 BGB (30), sería la del estado de necesidad

(28) Recientemente, SCHUMANN, *FS-Dencker*; 2012, pp. 292 y s.; y antes, de la misma opinión, MAYER, H., *AT*, 1967, § 22 II., 1, p. 97; o LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 25.^a ed., 1927, p. 183. En la doctrina española, así también CEREZO MIR, *PG*, v. II, 6.^a ed., 1998, pp. 212 y s., n. 16; o GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 337.

(29) Así, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 294 y ss., examinando detalladamente los varios puntos críticos de la legítima defensa frente a omisiones. JOERDEN, *JuS*, (1), p. 28, propone *de lege ferenda* la incorporación al StGB de una regla especial para la justificación de la autotutela penal. En un sentido parecido, aunque sin negar la posibilidad del recurso entretanto a la legítima defensa, GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.^a ed., nm. 33.

(30) Según el § 229 BGB: *Quien para una finalidad de autotutela toma una cosa, la destruye o la daña, o quien para una finalidad de autotutela detiene a un obligado sospechoso de fuga o impide la contravención del obligado a un comportamiento que debe soportar, no actúa de forma contraria a derecho si no puede obtenerse a tiempo el auxilio de la autoridad y, sin una intervención inmediata, existe el peligro de frustrar o dificultar considerablemente la ejecución de la pretensión.* El ordenamiento jurídico español no solo no contiene una norma general reguladora de la autotutela como la del § 229 BGB, sino que castiga en el art. 455 CP la realización arbitraria del propio derecho fuera de las vías legales cuando media violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Tampoco conoce nuestro sistema civil de un precepto concordante con el § 859 BGB, donde se regula específicamente la autotutela del poseedor, autorizándole a defenderse de la privación ilícita mediante el uso de la fuerza inmediatamente después de la privación. Ahora bien, esto no significa que nuestro ordenamiento jurídico no conozca la figura de la autotutela privada. Por un lado, de forma análoga a lo establecido en el § 859 BGB, cabe entender que en virtud del art. 446 CC el legítimo poseedor despojado puede recuperar la posesión cuando este segundo despojo se produce *incontinenti* de cometido el primero. Cfr. COCA PAYERAS, «Art. 442», en *Comentario del Código Civil*, t. I, 1991, p. 1192. Por otro lado, nuestro CC prevé además algunas formas específicas de autotutela. Así, p. ej., el art. 592 CC autoriza al dueño del fundo a cortar por sí mismo las raíces invasoras de los árboles vecinos. Al respecto, COCA PAYERAS, «Art. 592», *ob. cit.*, p. 1501, refirién-

(agresivo o defensivo) la que ofrecería el baremo para la justificación de la reacción violenta frente al obligado omitente.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A AGRESIONES OMITIVAS

1. Introducción

Frente a las tesis acabadas de referir son mayoría las voces en la doctrina actual que aceptan la legítima defensa frente a algunas clases de omisiones (31). En favor de esta tesis se arguye, en primer lugar, que no es cierto que el término «agresión» deba entenderse necesariamente como un comportamiento activo, sino que también cabría agredir por omisión (32). Esta interpretación se situaría dentro del sentido posible del término. En segundo lugar, se afirma que tampoco es cierto que solo quepa una «defensa» frente a comportamientos activos. Aunque el peligro no sea reconducible en términos naturalísticos al omitente, éste es normativamente atribuido al obligado a conjurarlo, por lo que cabe afirmar que la conducta idónea y necesaria para que el obligado cumpla finalmente su deber constituye una auténtica defensa legítima (33). Es decir, el agredido puede defenderse frente a quien omite, pues normativamente él es el responsable del peligro que caracteriza la situación de necesidad.

dose a esta figura como «uno de los vestigios que quedan en el CC de la llamada defensa privada o autodefensa». Y a esta misma lógica responde el vigente art. 612 CC, donde se autoriza al propietario del enjambre escapado a perseguirlo sobre el fundo ajeno. Como señala PANTALEÓN PRIETO, «Art. 612», en *Comentario del Código Civil*, t. I, 1991, p. 1557, se trata ésta de una «específica facultad de autotutela, no subordinada a los presupuestos del estado de necesidad». Y aunque resulta mucho más discutible, en consonancia con lo establecido en el § 704 BGB, cabría admitir asimismo en virtud de los arts. 1780 y 1783 CC un derecho de prenda del hostelero sobre las cosas del huésped introducidas y declaradas (en tanto que depósito necesario) por sus créditos de alojamiento. A esta interpretación, sin embargo, se opondría el hecho de que los créditos de alojamiento no son o, no exclusivamente, «por razón del depósito» de los efectos o enseres, tal y como exige el art. 1780 CC.

(31) En la jurisprudencia española se ha reconocido en ocasiones la posibilidad de considerar agresión un comportamiento omisivo que amenaza un bien jurídico defendible en legítima defensa. En este sentido, *vid. p. ej.*, la STS de 21 de octubre de 1997, ponente BACIGALUPO ZAPATER, en la que se niega sin embargo la legítima defensa al policía que golpea a un cazador furtivo que se resiste a entregarle un hurón.

(32) *Cfr.*, *p. ej.*, LAGODNY, *GA*, 1991, p. 302.

(33) Así, *p. ej.*, *vid.* ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10.

No obstante, entre quienes aceptan las anteriores premisas y, por consiguiente, admiten una legítima defensa frente a un comportamiento meramente omisivo, son también muchos los que tratan de buscar fórmulas adicionales para evitar un temido desbordamiento de la legítima defensa frente a omisiones (34). En este sentido, por ejemplo, es común la afirmación según la cual frente a los incumplimientos de meras obligaciones jurídico-privadas no cabría nunca ejercer legítima defensa (35). Así pues, nadie podría forzar al pintor a cumplir con su obligación de hacer en el marco de una relación contractual, o expulsar de la vivienda violentamente al inquilino que se niega a hacerlo tras haber finalizado el contrato de alquiler (36). Asimismo, hay quienes apartándose de la dogmática tradicional de la legítima defensa exigen que la omisión constituya la infracción de un deber de naturaleza jurídico-penal (37); o quienes abogan directamente por limitar la legítima defensa frente a las omisiones que no ponen fin a estados permanentes «antijurídicos» (38), por ejemplo, contra el carcelero que no pone en libertad al preso cuanto tiene el deber de hacerlo, o contra los clientes que se niegan a abandonar el local cuando su propietario les insta a marcharse. Por último, es asimismo común en Alemania la alusión a la necesidad de interpretar extensivamente la cláusula de atipicidad por «no reprochabilidad» (*Verwerflichkeitsklausel*) del delito de coacciones (§ 240 StGB), de modo que se cercenaría en la praxis de forma muy significativa el alcance de la legítima defensa frente a comportamientos meramente omisivos (39).

(34) Advierte de los peligros de un desbordamiento del instituto de la legítima defensa frente a omisiones, FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, pp. 195 y ss.

(35) Pues, de lo contrario, el monopolio de la coacción estatal en la imposición de derechos absolutos y relativos jurídico-privados quedaría absolutamente desvirtuado. Cfr. ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 12; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 105; ERB, «§ 32», *MK*, 3.^a ed., nm. 68 y ss.; o tempranamente, STRATENWERTH, *ZStW*, (1), 1956, p. 62.

(36) Con ulteriores referencias, cfr. solo STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 154 y ss.

(37) Cfr. p. ej., GEILEN, *Jura*, (4), 1981, p. 204; o JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.^a ed., 1996, § 32 II 1a.

(38) Así, p. ej., SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 9/71; el mismo, *AT Stb.*, 2.^a ed., 1984, 6/59; o de parecida opinión, KRETSCHMER, *RuP*, 2003, pp. 111 y s. Para PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.^a ed., nm. 11, este sería uno de los pocos casos en los que cabría en principio legítima defensa a través de una aplicación analógica del § 32 StGB, pues «la no terminación de un estado permanente creado antijurídicamente es todavía una agresión antijurídica actual a través de un actuar activo». En la doctrina española, en un sentido parecido, BARRAGÁN MATAMOROS, *La legítima defensa actual*, 1987, p. 37.

(39) Cfr. PERRON, «§ 32», *S/S*, 29.^a ed., nm. 11; o anteriormente, SCHMIDHÄUSER, *AT Stb.*, 2.^a ed., 1984, 6/59.

Sea como fuere, más allá de estos planteamientos restrictivos parciales, la discusión doctrinal contemporánea parece centrarse en definir a partir de la teoría del delito omisivo frente a qué clase de omisiones cabría ejercer legítima defensa. Más concretamente, la discusión gira, por un lado, en torno a la posibilidad de admitir la legítima defensa frente a omisiones propias, en especial, frente a la omisión del socorro debido (art. 195 o § 323c StGB). Por el otro, entre quienes niegan esta posibilidad y solo reconocen la legítima defensa frente a delitos omisivos improprios es asimismo objeto de debate la concreta naturaleza jurídica que ha de presentar el deber de garante que deja de cumplir el agresor. Veamos a continuación todo ello en detalle.

2. La legítima defensa frente a omisiones propias e impropias

Entre quienes aceptan la idea de una agresión por omisión son muchos los autores que consideran que a tal efecto es irrelevante que se impute o no el resultado no evitado al omitente (40). Dado que el concepto de agresión en la legítima defensa no guardaría relación con el riesgo de producción de un resultado penalmente típico en el sentido de los delitos de resultado, sino única y exclusivamente con el peligro real e inmediato de menoscabo para bienes jurídicos ajenos (41), cabría ejercer legítima defensa tanto frente al

(40) En este sentido, OTTO, *AT*, 7.ª ed., 2004, § 18, nm. 18, n. 11; ROSENAU, «§ 32», *SSW-StGB*, 3.ª ed., nm. 6; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.ª ed., nm. 101; GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.ª ed., nm. 30; HERZOG, «§ 32», *NK*, 3.ª ed., nm. 13; SPENDEL, «§ 32», *LK*, 11.ª ed., nm. 47; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, 1987, p. 123; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 293 y s.; LAGODNY, *GA*, 1991, pp. 304 y s.; o DENCKER, *Notwehr gegen Unterlassen*, 1953, pp. 45 y ss., p. 52, quien solo admite la justificación de la conducta que fuerza al obligado a cumplir su deber. Aunque exigiendo que el deber tenga naturaleza penal, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, § 32 II 1a; o GEILEN, *Jura*, (4), 1981, p. 204. En la doctrina hispano-hablante, admiten la legítima defensa frente a omisiones puras, NINO, *La legítima defensa*, 1982, pp. 102 y s.; DÍAZ-PALOS, *La legítima defensa*, 1971, pp. 109 y s.; RUSCONI, *La justificación en el Derecho penal*, 1996, pp. 14 y ss.; y próximo, MOLINA FERNÁNDEZ, *RJUAM*, (25), 2012, p. 24. No excluye su «posibilidad conceptual», IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 45.

(41) En este sentido, *vid.* HERZOG, «§ 32», *NK*, 3.ª ed., nm. 13; o LAGODNY, *GA*, 1991, p. 305; y tempranamente, de forma meridiana, DENCKER, *Notwehr gegen Unterlassen*, 1953, p. 48. *Vid.* además IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 45, para quien «únicamente cabe legítima defensa si la omisión lesiona o pone en peligro o al menos incrementa el riesgo concreto para bienes jurídicos individuales».

garante que no evita un resultado como frente al sujeto que incumple su deber general de solidaridad. Es más, en realidad, tanto al obligado general conforme al art. 195 CP, como al especial en virtud del art. 11 CP, se les exigiría exactamente lo mismo, esto es, contribuir a la conjura de un peligro para un bien jurídico ajeno. La referencia a la solidaridad no empecería para afirmar que también en un delito omisivo puro como el del art. 195 CP se trata, en última instancia, de proteger bienes personales del sujeto en situación de desamparo. Así las cosas, agrede quien –infringiendo su deber– deja de conjurar un peligro para bienes jurídicos protegidos, con independencia de que el obligado lo esté a evitar un resultado (omisión impropia) o a llevar simplemente a cabo una actividad (omisión propia) (42).

En la doctrina alemana se han esbozado además dos argumentos adicionales de naturaleza sistemática en favor de la admisión de una legítima defensa frente a omisiones puras, en particular, frente a quien omite cumplir el deber general de socorro del § 323c StGB. Por un lado, ha afirmado Lagodny que si se acepta como hace la doctrina mayoritaria la posibilidad de agredir a través de un delito de mera actividad, habrá de reconocerse igualmente la posibilidad de una agresión a través de un delito omisivo puro, pues esta clase de delitos no serían sino la contracara de los delitos de mera actividad (43). Por el otro, ha de ser traído aquí igualmente a colación el argumento de coherencia sistemática argüido por Renzikowski: si, como generalmente se afirma, el deber de tolerancia en estado de necesidad agresivo no es más que la modalidad obligacional pasiva del deber de solidaridad mínima del § 323c StGB o, en nuestro caso, del art. 195 CP, y resulta que la interrupción de un curso salvador en estado de necesidad agresivo constituye una agresión a los efectos del § 32 StGB (o del art. 20.4 CP), no habría razón por la que la infracción de ese mismo deber a través de una omisión no constituyera agresión en el sentido propio de la legítima defensa. La equivalencia estructural del deber de socorro y del deber de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo exigiría, más bien, un tratamiento idéntico a la hora de definir los mecanismos de defensa o garantía de esa misma y única obligación (44).

(42) Cfr. RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 103.

(43) LAGODNY, *GA*, 1991, p. 305

(44) Con detalle, RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 293.

3. La legítima defensa frente a omisiones impropias

3.1 LA EXCLUSIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A OMISIONES PROPIAS

En la actualidad son muchos los autores que, pese a admitir con carácter general la posibilidad de responder en legítima defensa frente a las omisiones, niegan tal facultad frente al omitente no garante. Dos son, en esencia, los argumentos esgrimidos en este sentido. Por un lado, es común la afirmación según la cual el mero incumplimiento de un deber de solidaridad mínima no podría ser considerado una agresión a los efectos de la legítima defensa, pues en la omisión propia, a diferencia de lo que sucede en la impropia, no se castiga la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico (45). En realidad, aunque se admitiera que el art. 195 CP protege efectivamente los bienes jurídicos del necesitado, la imposibilidad de imputar el resultado lesivo al omitente impediría hablar de una agresión contra los bienes jurídicos de un sujeto, de modo que éste tampoco podría responder contra el omitente en defensa de tales bienes (46). Por otro lado, se señala en este mismo sentido que sería incongruente o materialmente inadecuado admitir una defensa que permite graves intromisiones en los bienes del agresor, incluso la muerte, atendiendo a la escasa entidad normativa de los deberes de solidaridad mínima (47). La menor dignidad normativa de tales deberes y, por consiguiente, de su infracción, quedaría patente tanto en la pena prevista en el CP, en España una pena de multa de tres a doce meses (art. 195.1 CP), como en la amplitud con la que se configuran la cláusulas de inexigibilidad en tales preceptos (48). Resultaría axiológicamente injustificable permitir—en legítima defensa—graves

(45) Así, tempranamente, WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 84; ROXIN, *AT*, v. I, 4.ª ed., 2006, § 15, nm. 13; o LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 161, 166 y s. De parecida opinión, MURMANN, *Grundkurs*, 3.ª ed., 2015, § 25, nm. 78.

(46) Así, ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10; Erb, «§ 32», *MK*, 3.ª ed., nm. 70; FRISTER, *AT*, 7.ª ed., 2015, p. 217, nm. 10.

(47) En este sentido, p. ej., ROXIN, *AT*, v. I, 4.ª ed., 2006, § 15, nm. 13; o WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 46.ª ed., 2016, nm. 485. Por su parte, MOLINA FERNÁNDEZ, *RJUAM*, (25), 2012, p. 24, reconoce el problema de congruencia axiológica pero señala que si «expresamente se afirma que la defensa no debe ser proporcional, sino tan sólo la racionalmente necesaria para combatir el hecho antijurídico restableciendo el derecho, y a la vez la omisión de socorro es un hecho ilícito, no se ve muy bien cómo hacer valer esta restricción sin contradecir el propio punto de partida».

(48) Cfr. MURMANN, *Grundkurs*, 3.ª ed., 2015, § 25, nm. 78. En este sentido, *vid.* también JOERDEN, en *Solidarität im Strafrecht*, 2013, pp. 53 y ss.

intromisiones en la esfera del omitente cuando resulta que el deber general de socorro que se niega a cumplir únicamente nace cuando su cumplimiento no le supone al obligado apenas sacrificio alguno (49). Así las cosas, solo cabría defender al necesitado en estado de necesidad (agresivo) (50), esto es, imponerle coactivamente los mismos costes que el deber general de socorro que se niega a cumplir le exigía.

Junto a estos dos argumentos, debe aquí hacerse referencia finalmente a la réplica al uso formulada contra las acusaciones de incoherencia sistemática vertidas por Renzikowski y Lagodny. En contra de lo que afirma este primer autor, no sería incongruente tratar –a los efectos de la legítima defensa– de forma disímil la interrupción de un curso salvador y la infracción de un deber de solidaridad mínima. Quien interrumpe ese curso, actúa, se comporta activamente, creando un nuevo riesgo jurídicamente desaprobado contra el beneficiario del curso salvador, por lo que cabría responder frente a él en legítima defensa. En cambio, quien omite socorrer al extraño en peligro no estaría creando un nuevo riesgo, no agrede al necesitado, sino que simplemente deja de conjurar un peligro preexistente. Esta diferencia es la que justificaría que en el primer caso sí se reconozca la legítima defensa, pero no en el segundo (51). Y en contra de lo que afirma Lagodny, por un lado, se ha cuestionado que los delitos omisivos puros constituyan la contracara de los delitos de mera actividad; mientras que, por el otro, se ha señalado que quien realiza el tipo de un delito de mera actividad está poniendo en peligro a través de su actuar un bien jurídico, quedando obligado a evitar la realización del peligro conforme al art. 11 CP, a diferencia de lo que sucedería con quien realiza el tipo del art. 195 CP que, a falta de una posición de garante, no queda obligado en tales términos a conjurar el peligro. Consecuentemente, nada se opondría a un tratamiento diferenciado a los efectos

(49) Sobre la relación entre los costes que exige el deber y los que se le pueden imponer forzosamente al obligado que lo incumple para que de finalmente satisfacción al deber, cfr. ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 207 y ss., p. 223; quien entiende que la omisión responsable en t2 justifica la imposición en t3 de un deber de soportar mayores sacrificios de los inicialmente exigidos conforme al deber de socorro en t1. Todavía más claro en este mismo sentido, cfr. BARRY/ØVERLAND, *Social Theory and Practice*, (40:4), 2014, pp. 571 y ss.

(50) Así, aunque sin concretar si se trataría de un estado de necesidad agresivo o defensivo, ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 13. Para FRISTER, *AT*, 7.^a ed., 2015, p. 217, nm. 10, solo cabría injerirse en la esfera del omitente conforme a la regla del estado de necesidad agresivo.

(51) Así, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 86 y s.

de la legítima defensa de los delitos omisivos propios y de los de mera actividad (52).

3.2 LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA INFRACCIÓN DE TODO DEBER DE GARANTE

Para un importante sector doctrinal, quizá mayoritario, cabría reaccionar en legítima defensa únicamente frente al garante que deja de cumplir su obligación –penalmente respaldada– de evitar un concreto resultado lesivo (53). En favor de esta conclusión se suele afirmar que solo la omisión del garante constituiría agresión porque solo entonces cabría atribuirle el menoscabo del bien jurídico que no evita como si activamente lo hubiera provocado (54). Solo los garantes, aunque toda clase de garantes, podrían agredir a través de su omisión en el sentido de la legítima defensa.

A esta misma conclusión llega también Lesch, aunque recorriendo una vía argumental parcialmente distinta. La noción de agresión anti-jurídica en la legítima defensa se definiría, con total independencia de su carácter activo u omisivo, como la amenaza del menoscabo de derechos subjetivos por parte del garante que es competente por la

(52) Así, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 87 y s., con ulteriores referencias.

(53) En este sentido, entre otros muchos, ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 11; JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 12/21; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.^a ed., 2011, § 9, nm. 65; FRISTER, *AT*, 7.^a ed., 2015, p. 217, nm. 10; MURMANN, *Grundkurs*, 3.^a ed., 2015, § 25, nm. 78; ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10; o SANGUERO, *Self-Defence in Criminal Law*, 2006, pp. 121 y s., p. 139, quien admite –sin ulteriores distinciones– la legítima defensa frente a omisiones, aunque en todos los ejemplos que presenta parece tratarse de la omisión de un obligado especial. Para RODRÍGUEZ OLIVAR, *La legítima defensa imprudente*, 2008, pp. 80 y ss., la agresión «puede producirse por omisión, fundamentalmente por su modalidad comisiva». Por su parte, ERB, «§ 32», *MK*, 3.^a ed., nm. 70, quien niega la legítima defensa frente a omisiones puras, sostiene sin embargo una tesis notablemente extensiva de la institución: no habría razón por la que limitar la legítima defensa a la respuesta frente a la infracción de deberes de garante jurídico-penales. Si resulta que la agresión activa no tiene por qué ser penalmente típica, tampoco habría de serlo la omisiva. Así las cosas, no cabría limitar la legítima defensa a la respuesta frente a un delito omisivo impropio. Bastaría con que existiera una posición de garantía dispuesta para la evitación de menoscabos para bienes jurídicos de modo tal que, en caso de estar penalmente protegido el bien jurídico en peligro, la omisión del obligado pudiera acabar generando responsabilidad penal. Así, p. ej., cabría según ERB reaccionar en legítima defensa frente al sujeto que por error difunde en internet informaciones que afectan a la esfera íntima de un sujeto y que posteriormente se niega a borrar.

(54) Cfr. p. ej., STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.^a ed., 2011, § 9, nm. 65.

evitación de tal menoscabo (55). El garante de la evitación de un resultado lo puede ser en virtud de la institución básica negativa, esto es, el principio del *neminem laede*; o bien en virtud de instituciones positivas del mismo peso que la negativa, por ejemplo, en virtud de la relación institucional paterno-filial. Ahora bien, las instituciones positivas de menor relevancia, aun cuando puedan quedar garantizadas jurídicamente, lo estarán siempre en menor medida, a través de deberes de solidaridad que no gravan a un sujeto con auténticas posiciones de garantía por la evitación de un resultado lesivo (56). Si resulta que solo puede agredir en el sentido de la legítima defensa quien es considerado garante, queda lógicamente descartada de antemano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a quien desatiende un deber de solidaridad mínima, al mismo tiempo que se reconoce un derecho de legítima defensa frente a todo garante que no satisface su deber de actuar, con independencia del fundamento negativo o positivo del deber infringido.

Mención aparte merece, en último lugar, el planteamiento de Silva Sánchez y de Jakobs, quienes limitan el derecho pleno de legítima defensa frente a las omisiones impropias que no evitan la lesión de bienes jurídicos individuales. En este sentido, señala Silva Sánchez que «[l]as omisiones propias y ciertos casos de comisión por omisión, son excluidos del concepto de agresión ilegítima (presupuesto de la legítima defensa) porque, a pesar de ser penalmente antijurídicos, no ponen en peligro bienes jurídicos individuales, sino a lo sumo supra-individuales, y la agresión ha de dirigirse contra bienes individuales». Consecuentemente, «[s]olo en estado de necesidad, pues, puede tratarse de impedir tales comportamientos» (57). Y a partir de esta misma distinción entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales puede afirmar Jakobs que solo cabría legítima defensa en sentido estricto frente a la infracción de un deber de garante que protege bienes jurídicos individuales (58). Si se trata de una posición de garante para la protección de bienes en manos públicas o de deberes generales de solidaridad, la facultad de legítima defensa quedaría limitada por las particularidades propias del auxilio necesario del Estado. Esto significa, básicamente, que el derecho de defensa frente a tales omisiones

(55) Cfr. LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 93 y ss., pp. 101 y s.; el mismo, *Notwehrrecht*, 2000, pp. 36 y ss. En un sentido prácticamente idéntico, vid. además TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, pp. 74 y s., n. 10; o recientemente WILENMANN, *LH-Etcheberry*, 2016, pp. 275 y ss.

(56) Vid. LESCH, *FS-Dahs*, 2005, p. 92.

(57) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (35), 1982, p. 671.

(58) Así, JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 12/21.

queda «a medio camino entre la legítima defensa y el estado de necesidad», pues aunque «la proporcionalidad entre el bien defendido y el que se lesiona en la defensa tiene en este ámbito el mismo significado que en el resto de supuestos de legítima defensa» (59), este derecho quedaría condicionado a la imposibilidad de recabar la protección policial y a la inexistencia de un canal institucionalizado previsto para la conjura del peligro en cuestión (60).

3.3 LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA INFRACCIÓN DE DEBERES DE GARANTE NEGATIVOS

Una tesis algo más restrictiva que la acabada de presentar es la defendida por Palermo. Dicho autor asume que la infracción de ciertos deberes positivos, no todos, sería equivalente a la infracción de un deber negativo (61). Ello sería posible cuando la institución generadora del deber positivo tiene la misma relevancia social que la institución «libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias» (62). En pocas palabras, existirían deberes de garante de origen negativo y de origen positivo. Ahora bien, esto no supone que frente a ambas clases de deberes quepa ejercer legítima defensa. Dado que para Palermo la legítima defensa se fundamentaría exclusivamente en la infracción de un deber negativo, es decir, en el cuestionamiento de la separación básica de esferas de libertad a partir del principio del *neminem laede*, dicha facultad de amparo quedaría reservada frente a la infracción de deberes negativos, sea por acción o por omisión. Esto significa, pues, que solo cabría ejercer legítima defensa frente al sujeto que infringe un deber de aseguramiento de una fuente de peligro, un deber de salvamento tras asunción o un deber de salvamento tras un actuar precedente (injerencia) (63). En cambio, frente al padre que no salva a su hijo de morir ahogado, pese a ser este garante y la infracción de su deber positivo normativamente equiparable a la

(59) Cfr. JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 12/13.

(60) Sobre los límites al auxilio necesario del Estado, JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 12/3 y ss.; o el mismo, *Derecho Penal y Criminología*, (34), 2013, pp. 18 y ss.: «al fiscal que se niega a presentar la acusación ante el Tribunal competente se le ha de hacer entrar en razón mediante un recurso de vigilancia penitenciaria y no, por ejemplo, maltratarlo hasta que acabe por acusar».

(61) PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 236 y ss.

(62) PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 236.

(63) PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 218 y ss.

infracción de un deber negativo, no cabría ejercer legítima defensa, sino, a lo sumo, un estado de necesidad agresivo (64).

3.4 LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LA OMISIÓN DEL GARANTE EN CUYA ESFERA SE ENCUENTRA EL FOCO DEL PELIGRO

Por último, ha de aludirse aquí a la extendida tesis según la cual solo cabría ejercer legítima defensa frente al garante que omita conjurar el riesgo que es reconducible a un foco de peligro situado en su propia esfera (65). A partir de esta idea principal, son varias las tesis – de diferente matiz– desarrolladas en la discusión contemporánea. Así, por ejemplo, sostiene Hruschka que solo constituye agresión a los efectos de la legítima defensa la infracción de deberes de aseguramiento (*Sicherungspflichten*), ya sea por peligros provenientes de cosas situadas en la propia esfera de organización, ya sea por el propio comportamiento peligroso previo (66). En cambio, el garante que infringiendo deberes de custodia (*Obhutspflichten*) no conjura un peligro de cuyo surgimiento no es responsable, no agrede a los efectos que ahora importan, pues no cabe «defenderse» frente a quien nada tiene que ver con el peligro que caracteriza la situación de necesidad (67). Esto significa, entre otras cosas, que tampoco frente al garante que ha asumido de *facto* una función de protección o custodia (*Obhutsgarant*) cabría ejercer legítima defensa, piénsese en el socorrista que no se lanza al agua a socorrer al niño que peligra de morir ahogado; como tampoco sería posible ejercerla frente al padre que tras sufrir su hijo un accidente fortuito omite posteriormente socorrerlo.

(64) Cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 240 y ss., quien sin embargo, *de lege ferenda*, aboga por reconocer un derecho de defensa frente al obligado positivo de mayor alcance, similar al propio de las situaciones de estado de necesidad defensivo. Cfr. *infra* n. 143.

(65) Cfr. p. ej., MAURACH/ZIPF, *AT*, v. I, 8.ª ed., 1992, § 26 II, nm. 9, para quienes lo decisivo es que la fuente del peligro se encuentre en el ámbito de responsabilidades jurídicas del omitente; o en un sentido menos normativista, FUCHS, *Grundfragen der Notwehr*, 1986, pp. 78 y s.: solo constituye agresión aquel comportamiento que amenaza la esfera de dominio fáctica de un tercero, esto es, que amenaza con provocar una modificación de un estado de cosas real. Esto significa, que constituye agresión aquella omisión reconducible normativamente a la esfera del omitente que tiene como consecuencia la *modificación de las relaciones fácticas en el ámbito de dominio del afectado*. En definitiva, la «legítima defensa frente a omisiones solo está permitida cuando el deber de actuar traiga causa en una posición de garantía de control de fuentes de peligro» (p. 79).

(66) HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 201.

(67) HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, p. 201, n. 19; el mismo, *JuS*, (6), 1979, p. 393. Sobre la distinción entre deberes de aseguramiento y deberes de custodia en su planteamiento, *vid.* HRUSCHKA, *JuS*, (6), 1979, pp. 386 y ss.; el mismo, *AT*, 2.ª ed., 1988, pp. 118 y ss.; 157 y ss.

Y una concepción similar, cuando no idéntica a la anterior, es la defendida entre nosotros por Baldó Lavilla, para quien solo cabría «legítima defensa frente a comportamientos con sentido omisivo que acarreen un riesgo *ex ante* objetivamente idóneo de lesión para la esfera de intereses del sujeto necesitado –defensor– que parta de la esfera organizativa del eventualmente afectado por la acción defensiva» (68). De este modo quedarían ya fuera del concepto de agresión tanto las infracciones de deberes generales de amparo activo (solidaridad mínima), como las de deberes especiales de garante de amparo activo, por ejemplo, el deber de socorro cualificado del artículo 195.3 CP o, si no lo entiendo mal, deberes especiales de amparo activo tras actos de libre asunción (69). Esto se explicaría por el hecho de que el garante con una función de amparo activo solo respondería por no salvaguardar al sujeto necesitado frente a fuentes de peligro ajenas, pero no por dejar de contener un peligro que parte de la propia esfera organizativa (70). *Sensu contrario*, la facultad de legítima defensa o, como prefiere Baldó Lavilla, de defensa necesaria quedaría restringida a la respuesta frente a infracciones plenamente imputables de deberes especiales de garante de aseguramiento, esto es, frente a deberes que imponen una prestación activa de control o aseguramiento de fuentes de peligro que se encuentran en la propia esfera organizativa del sujeto frente al que se dirige la defensa (71). Esto significa, por ejemplo, que cabría ejercer legítima defensa frente al sujeto que ya ha terminado de instalar una bomba de explosión retardada y se niega a desconectarla; pero no frente al padre que contempla pasivamente como se ahoga a su hijo (72).

(68) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 264.

(69) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 272.

(70) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 272.

(71) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 272: «Cabe legítima defensa frente a todo garante con función de control de cualquier equipo, maquinaria o industria peligrosos o, en general, frente a todo garante por una función de control o aseguramiento de fuentes de peligro propias, cuando el no control de éstas amenaza a terceros». Sobre el concepto de deber especial de aseguramiento activo de fuentes de peligro propias, *ob. cit.*, pp. 56 y ss.

(72) Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 275. A una conclusión similar, aunque a través de un camino algo distinto, llega FELBER, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs*, 1979, pp. 195 y ss. Este autor asume la necesidad de recurrir a una aplicación analógica del § 32 StGB en aquellos supuestos en los que, desde el prisma de la protección jurídica de bienes, es absolutamente irrelevante si la puesta en peligro se explica por una acción o una omisión. A fin de evitar una temida expansión incontrolada de la legítima defensa frente a omisiones, reco-

Por su parte, Luzón Peña, en consonancia con su concepción de la comisión por omisión basada en el criterio de la creación o aumento del riesgo (73), entiende que la agresión puede venir representada en casos marginales por una omisión, siempre que ésta «ponga en peligro bienes jurídicos, es decir, cuando constituya omisión impropia o comisión por omisión (de la que socio-normativamente se puede afirmar que crea o aumenta el peligro para bienes jurídicos) en fase de tentativa» (74). O lo que es lo mismo, «sólo será agresión la *omisión que ponga en peligro un bien jurídico particular*, es decir, que cree o provoque el peligro o que, en caso de existir ya una situación de riesgo, la omisión aumente de modo concreto el riesgo para el bien jurídico» (75). A partir de aquí, Luzón Peña trata de concretar algo más su planteamiento a partir de un amplio abanico de ejemplos (76). No cabría legítima defensa frente al dueño que no llama a su perro que se ha lanzado a morder a alguien, ni frente al propietario que ve como su valioso perro se lleva un sombrero. La pasividad del dueño del animal, ni crea ni incrementa el riesgo (77). Tampoco cabría legítima defensa frente al socorrista que contempla estáticamente cómo se ahoga una persona, pues la omisión de aquél, por mucho que esté en posición de garante, no pone en peligro al bañista. En cambio, sí cabría legítima defensa frente al profesor de natación que, tras invitar

noce FELBER dicha facultad solo frente al omitente que ejerce el dominio sobre el foco del peligro (*Herrschaft über den Grund der Gefährdung*), esto es, cuando el omitente es «una figura central del suceder que conduce hacia la lesión del bien jurídico» (p. 196). Así pues, solo cabría ejercer legítima defensa frente al omitente que previamente ha creado antijurídicamente un peligro (injerencia), frente a quien ha asumido *de facto* una posición de garantía y frente a quien omite cumplir deberes del tráfico como, p. ej., el propietario que sin culpa alguna encierra a un vagabundo en el cuarto de las calderas y se niega posteriormente a liberarlo cuando se percata de la situación.

(73) Esta es la razón por la que, pese a que nominalmente LUZÓN PEÑA admite la legítima defensa frente a toda agresión omisiva (impropia), su planteamiento es, *de facto*, más restrictivo que el del resto de autores alemanes que reconocen la posibilidad de una legítima defensa frente a toda clase de omisiones impropias. Sobre el criterio de la creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión para la imputación de un resultado omisión en comisión por omisión, *vid.* solo LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.ª ed., 2016, pp. 620 y ss.; y contrastándolo críticamente, *cfr.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, pp. 541 y ss.

(74) LUZÓN PEÑA, *PG*, 3.ª ed., 2016, p. 384, nm. 14.

(75) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 160. Cursiva en el original.

(76) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 161 y ss.

(77) Sí, en cambio, en el supuesto en el que «llevando el dueño sujeto al perro con una correa, nota cómo se excita visiblemente el animal contra un extraño y quiere lanzarse sobre él –o su sombrero–, y entonces el dueño suelta la correa». *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 167.

al discípulo que no sabe nadar a que se lance al agua, omite sujetarle y evitar que muera ahogado (78). Aquí, el peligro decisivo y concreto sí obedecería a la inactividad del profesor. Y del mismo modo, cabría legítima defensa frente al farmacéutico de un pueblo que se niega a dar al médico el contraveneno necesario para salvar una vida, pues en tal caso se ha puesto en marcha una cadena causal salvadora que promete con gran probabilidad impedir el resultado, de modo que la omisión del farmacéutico sí incrementa el peligro (79). Como también cabría responder en legítima defensa frente al maquinista que no frena la locomotora que va a enorme velocidad; el guía alpino que quiere marcharse en una tormenta de nieve sin dar la llave del refugio al excursionista totalmente agotado; o frente a la madre que no alimenta a su hijo lactante para matarlo. Todos ellos pondrían a través de su omisión en peligro al necesitado o, como mínimo, incrementarían un peligro preexistente de forma normativamente relevante (80).

Por último, ha de aludirse aquí al planteamiento de André Stahl, desarrollado en su reciente tesis doctoral dedicada en exclusiva al problema de la legítima defensa frente a omisiones. Para poder hablar de agresión por omisión sería imprescindible poder imputar el peligro al omitente, lo que solo sería posible cuando dicho peligro es reconducible al propio comportamiento previo del omitente. Es decir, cuando el garante, o bien ha creado el peligro a través de su comportamiento, o bien ha contribuido a la realización de un peligro potencial preexistente, esto es, lo ha aumentado o intensificado (81). *Sensu contrario*, la no evitación o conjura de un peligro derivado de un daño ya acaecido no constituiría creación del peligro, agresión, a los efectos de la legítima defensa (82). Así las cosas, concluye Stahl que, *de facto*, solo cabría advertir agresiones por omisión en las constelaciones definidas

(78) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 168.

(79) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 168 y s.

(80) LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 170 y s.

(81) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 113. Y en un sentido parecido, STRATENWERTH, *ZStW*, (1), 1956, pp. 61 y s. Parece limitar asimismo la legítima defensa contra la omisión del garante que sigue a un actuar precedente («agresiones con peligro latente»), REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, 1999, pp. 159 y s., p. 161: «Cuando mediante una acción previa se crea un estadio duradero peligroso a los derechos de otro, que sólo puede cesar con la actividad contraria del agresor omitente, el derecho de defensa del agredido a quien se pone en peligro mediante la creación de la omisión de una conducta debida queda garantizado en rechazo o salvación de dicho estado».

(82) *Vid.* STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 114. Si ya se ha realizado el riesgo, si el daño ya existe, sin que el garante sea por ello responsable, éste no agrede a través de su omisión, por mucho que hubiera podido evitar la producción de un ulterior resultado lesivo.

a partir de un actuar del garante precedente contrario a deber. Más concretamente, cuatro son los supuestos específicos en los que Stahl reconoce la posibilidad agredir por omisión.

En primer lugar, en los casos en los que el foco de peligro se encuentra situado en la esfera del garante, siendo que éste, a través de una infracción de un deber de aseguramiento (de cosas, del propio cuerpo...), pone en peligro los intereses de terceros. En segundo lugar, en los supuestos en los que un sujeto ocupa una posición de garantía de control destinada a evitar el comportamiento antijurídico de un tercero (83). Con un ejemplo, el padre que no evita que su hijo golpee violentamente a un segundo niño agrede a los efectos de la legítima defensa mientras dura la agresión. Y en tercer lugar, también constituye agresión el incumplimiento de un deber de salvamento tras un comportamiento precedente antijurídico que crea o incrementa el riesgo (injerencia). Según Stahl, el comportamiento previo podría tener lugar a través de un actuar o un omitir (84), de modo que también frente a la madre que pone en peligro a su hijo de forma antijurídica al dejar de alimentarlo cabría ejercer legítima defensa cuando incumple posteriormente su deber de salvamento (85). «La infracción de un deber de salvamento es por lo tanto (solo) agresión, cuando aquella sigue a la lesión de un deber de aseguramiento» (86). Y finalmente, en cuarto y último lugar, también constituiría agresión la omisión antijurídica de quien tras asumir funciones de control, no ya sobre personas, sino sobre otras posiciones de garantía, no satisface posteriormente sus deberes de aseguramiento (87). Esto sucede, por ejemplo, cuando un médico, tras asumir la posición de garantía para con un paciente frente a quien lo ha lesionado, omite posteriormente el tratamiento debido sometiendo así al paciente a un riesgo adicional.

En resumidas cuentas, solo las omisiones que siguen a una injerencia previa podrían constituir –siempre según Stahl– agresión a los

(83) Vid. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 128 y ss., p. 131. Este parece ser el único supuesto de agresión por omisión que se reconoce ahora en BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT*, 12.ª ed., 2016, § 17, nm. 10.

(84) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 134.

(85) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 141.

(86) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 139, 141. Por lo tanto, sí cabe legítima defensa frente al padre que infringe su deber de supervisión para con su hijo que se baña en el agua, cuando éste pelagra posteriormente de morir ahogado y el padre omite el salvamento; pero no, en cambio, frente a la niñera que omite el salvamento del niño que, de forma absolutamente imprevisible, ha caído en un pozo no suficientemente asegurado.

(87) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 145.

efectos de la legítima defensa (88). Frente a los peligros derivados de la infracción de otra clase de deberes de garante solo cabría responder, al igual que sucede frente a los deberes de solidaridad mínima, conforme a la regla del estado de necesidad (89).

IV. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO RESTITUTORIO FRENTE A LA INFRACCIÓN DE DEBERES DE GARANTE

1. Introducción

El anterior análisis viene a dar la razón a aquellos autores que, como hiciera Jescheck tempranamente (90), sostienen que la pregunta de si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en legítima defensa no solo no encuentra a día de hoy una respuesta dogmática sólida y fundada, sino que ésta sigue en gran parte en manos del «mero sentimiento jurídico» (91). Las tesis sostenidas al respecto son tan numerosas, como variados son los argumentos esgrimidos en favor de unas y otras. Lo pretendido a continuación es emprender una revisión crítica del problema desde el fundamento de la legítima defensa y la teoría de los deberes jurídico-penales. Ello es *conditio sine qua non* para tratar de ofrecer una respuesta convincente a la doble pregunta que da sentido a este trabajo.

2. La legítima defensa como instrumento jurídico restitutorio

Determinar si y frente a qué clase de omisiones cabe responder en legítima defensa requiere definir antes el fundamento último de esta causa de exclusión del injusto. Aunque no es posible emprender en este lugar un examen en profundidad de la discusión al respecto, sí puede afirmarse que tal institución no puede explicarse de forma convincente ni a partir de los extendidos planteamientos monistas que ven en el principio de protección de bienes jurídicos o en el del prevaleci-

(88) Sobre la naturaleza jurídica del actuar precedente para que la omisión posterior pueda constituir agresión, cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 139 y ss.

(89) Cfr. STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 147.

(90) Cfr. JESCHECK, *AT*, 4.^a ed., 1988, p. 304.

(91) En los últimos tiempos, en este mismo sentido, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, p. 289; HELLMANN, *Die Anwendbarkeit*, 1987, p. 123; y STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, p. 24.

miento (o defensa) del Derecho el fundamento último de esta institución (92); ni a partir de las distintas teorías pluralistas que recurren al juego conjunto de ambos principios para apoyar interpretaciones específicas del sentido y los márgenes de la institución (93). Más bien, cabe afirmar ahora que el fundamento de la legítima defensa es uno solo, aunque distinto, a saber: el derecho del agredido a garantizar su relación jurídica consolidada con el agresor cuando éste la pone en cuestión a través de un comportamiento autorresponsable.

Así pues, en realidad, el derecho del agredido a defenderse no es más que una manifestación concreta de su derecho preexistente frente al agresor (94). O en la formulación kantiana clásica: «al Derecho está unida a la vez, según el principio de contradicción, la facultad de coaccionar a quien lo viola» (95). Lo único que hace el agredido en una situación de legítima defensa es, a modo de «gestor de negocio ajeno», constreñir al agresor para que cumpla el deber que define la relación interpersonal entre ambos agentes y que éste amenaza con quebrantar a través de su agresión (96). El correspondiente deber de

(92) Una acertada crítica a ambos planteamientos puede leerse ya en FRISTER, *GA*, 1988, pp. 295 y ss.; y de forma exhaustiva en PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 137 y ss. Recientemente, en la misma línea, *vid. p. ej.*, WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 626 y ss., con ulteriores referencias.

(93) La teoría dualista, por un lado, conduce a una argumentación circular. ¿Por qué la respuesta defensiva no pone también en cuestión el Derecho en su vertiente supraindividual? La contestación al uso, a saber, porque esta acción no es contraria a Derecho, sino que está justificada, es a todas luces insatisfactoria, pues presupone, pero no fundamenta, la legitimidad de tal comportamiento típico. Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand und Nothwehr*, 1994, pp. 81 y ss. Por otro lado, la teoría dualista carece de un metaprincipio capaz de disolver los inevitables conflictos que se presentan entre los dos fundamentos particulares. Bien mirado, sus partidarios se limitan a defender soluciones plausibles en la interpretación dogmática de la institución a partir del recurso a uno u otro principio según convenga en el caso particular. En este sentido, con razón, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 239 y s., n. 519; y de idéntica opinión, WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 632 y s.

(94) Así, p. ej., LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 88 y s., 91 y ss.; o KARGL, *ZStW*, (110), 1998, pp. 49 y s., pp. 57 y ss.

(95) KANT, *Metaphysik der Sitten*, Ed. Weischedel, v. 7, 1983, p. 339. En detalle, KÖHLER, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 158 y ss.; y sobre la legítima defensa desde la perspectiva kantiana, pp. 286 y ss. Sobre esto mismo, *vid. además* HRUSCHKA, *ZStW*, (2), 2003, pp. 201 y ss.; y PAWLIK, *ZStW*, (2), 2002, pp. 266 y ss.

(96) En este sentido, entre otros, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 261 y s.; LESCH, *FS-Dahs*, 2005, p. 92; MÜSSIG, *ZStW*, (115), 2003, p. 232; PAWLIK, *ZStW*, (114), 2002, p. 271; el mismo, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 239; KINDHÄUSER, *FS-Frisch*, 2013, pp. 501, 506; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 86; PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 314; WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 640 y ss.; ROBLES PLANAS, *Polít. crim.* (22), 2016, p. 715; o PERDOMO TORRES, *InDret*, (1), 2008, pp. 7 y ss.

tolerancia que recae sobre el agresor, pues, no es más que la forma en la que se manifiesta en las situaciones de legítima defensa su deber primario de respeto para con los derechos subjetivos del agredido (97). El destinatario de la agresión la ha de tolerar, precisamente porque ha sido él, y nadie más, quien a través de su actuar responsable ha consagrado al agredido a recurrir a una respuesta defensiva para recomponer el estatus debido de la relación jurídica entre ambos. Y esta es la razón por la que la legítima defensa puede ser definida como un instituto jurídico compensatorio o restitutorio (98): la defensa está permitida porque y en la medida en que aquella es idónea y necesaria para asegurar la vigencia de la demarcación previa y jurídicamente garantizada entre la esfera de libertad del agredido y del agresor cuando este último pretende de forma unilateral alterarla.

Entendida así la legítima defensa, no toda puesta en peligro de un bien jurídico constituye agresión a los efectos del art. 20.4 CP. La agresión ha de ser capaz de cuestionar realmente la separación dada de esferas de libertad de un modo normativamente relevante. Esto presupone, en primer lugar, la posibilidad de atribuir la agresión al agresor como su propia obra. Y, en segundo lugar, y esto es lo que ahora nos interesa, es preciso que la agresión, más allá de poner en peligro determinados bienes jurídicos, ponga además efectivamente en cuestión un derecho ajeno pleno y, con ello, el núcleo de la relación jurídica preexistente entre agresor y agredido (99).

3. La taxonomía tripartita de los deberes jurídico-penales: deberes de competencia plena, preferente y mínima

A fin de concretar la noción de agresión que aquí se acoge es imprescindible examinar antes, aunque sea sucintamente, la teoría de los deberes sobre la que aquella se asienta. En este lugar, baste con señalar que el sistema jurídico-penal de deberes, a diferencia de lo que tradicionalmente se ha sostenido, no queda adecuadamente definido por la contraposición deberes de garante – deberes de solidaridad mínima. Más bien, aquél está conformado por tres clases distintas de

(97) De forma meridiana, LESCH, *Notwehrrecht*, 2000, p. 36; el mismo, *FS-Dahs*, 2005, pp. 91 y ss.; WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, p. 642.

(98) A diferencia del estado de necesidad agresivo que, en esencia, es un instituto reconfigurador de relaciones jurídicas; o la propia autotutela que, en puridad, es un mecanismo cautelar de aseguramiento de pretensiones restitutivas que, a diferencia de las pretensiones derivadas de derechos plenos, han de ser realizadas obligatoriamente en el marco de un procedimiento institucionalizado.

(99) Cfr. NEUMANN, en *Modernes Strafrecht*, 1990, pp. 225 y s.

deber en atención a su especie, a saber: deberes de competencia plena, de competencia intermedia y de competencia mínima (100). Esta tripartición, que nada tiene que ver ni con el operador deóntico del deber, ni con el carácter activo u omisivo de la conducta requerida, ni con su fundamento axiológico (negativo o positivo), se basa, en esencia, en el distinto grado de autovinculación al que reconducir el nacimiento de la obligación (101). Es decir, los deberes quedan catalogados a partir del grado de libertad ejercida por el obligado en el momento que nace el deber en cuestión.

Los deberes de competencia plena, como obligaciones jurídicas de la máxima intensidad jurídico-penal, son aquellos reconducibles a actos enérgicos de autonomía del obligado, a través de los cuales el garante queda obligado para con su garantizado a la evitación de un determinado resultado lesivo. Por consiguiente, su infracción supone la imputación al infractor del resultado causado o no evitado. En esta primera categoría, además de los deberes negativos de no dañar organizativamente, de salvamento tras asunción efectiva, deberes del tráfico y deberes de salvamento tras un actuar precedente plenamente responsable, se cuentan también ciertos deberes positivos, en concreto, los deberes de custodia paterno-filial y ciertos deberes estatales de sujeción especial (102). Los deberes de competencia preferente, por su parte, son aquellos reconducibles a determinados actos de libertad del obligado, aunque de menor intensidad que los que explican el nacimiento de un deber de competencia plena. La posición de competencia del obligado por un deber de competencia preferente no queda, pues, definida por un deber de evitar un concreto resultado, con lo que su infracción tampoco supone la imputación del resultado ocasionado o no evitado. Entre estos se cuentan, además de los deberes negativos de salvamento tras injerencias no plenamente responsables (art. 195.3 CP), ciertos deberes positivos vinculados al ejercicio de funciones públicas o en el marco de relaciones familiares (p. ej., arts. 196 o 226 CP) (103). Finalmente, el sistema de deberes encuentra en los de competencia mínima su expresión obligacional de menor

(100) A propósito del delito omisivo, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2012, p. 470, n. 8, pp. 476 y s.; el mismo, en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 155 y ss. Y en este mismo sentido, sobre el grado de ejercicio de libertad en el momento del nacimiento de la obligación como criterio de gradación de la responsabilidad penal, cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 57; el mismo, *InDret*, (4), 2013, p. 6.

(101) Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 276 y ss.; y resumidamente, el mismo, *InDret*, (2), 2017, pp. 25 y ss.

(102) *Vid.* COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 291 y ss.

(103) *Vid.* COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 296 y ss.

intensidad. Aquí se cuentan, en esencia, los deberes de solidaridad mínima, atribuidos al obligado con base en su mera condición de ciudadano. El ejemplo paradigmático, sin lugar a duda, es el deber general de socorro sancionado en el art. 195 CP (104).

Pues bien, la distinta intensidad normativa de estas tres clases de deberes tiene importantes consecuencias dogmáticas. La primera de ellas, la más evidente, es la diferencia penológica prevista para su infracción. En el actual ordenamiento jurídico-español cabe reconocer claramente tres programas distintos de protección de bienes jurídicos. Así, un mismo bien jurídico, por ejemplo, la vida, queda garantizado de la manera más intensa frente a quien ha asumido libremente su protección (deber de competencia plena), de un modo intermedio frente a quien la ha puesto en peligro de manera negligente (deber de competencia preferente), y de un modo notablemente más laxo frente al que nada tiene que ver con la situación de peligro pero puede evitar la pérdida del bien amenazado (deber de competencia mínima). Sin embargo, la distinta especie de la obligación despliega además otras importantes consecuencias dogmáticas. Así, por ejemplo, coincide la doctrina penal en afirmar que el obligado por dos deberes de distinta especie de imposible cumplimiento cumulativo (colisión de deberes) ha de satisfacer el deber de especie superior, es decir, el padre ha de salvar antes a su hijo (deber de competencia plena) que a un extraño (deber de competencia mínima), cuando ambos peligran de morir ahogados (105). Y como a continuación habrá de quedar de manifiesto, la distinta especie del deber co-determina igualmente los límites del derecho de defensa del sujeto afectado por la infracción del deber. En realidad, esta tripartición encuentra su reflejo especular en una tripartición de derechos, cuyos mecanismos de garantía varían en función de su dignidad normativa.

4. La legítima defensa como respuesta a la infracción de deberes de competencia plena

La tripartición de deberes acabada de esbozar encuentra asimismo su reflejo especular en una tripartición de derechos. Es decir, como desde antaño viene sosteniendo Jakobs a propósito de su interpretación normativista de la noción de violencia en el delito de coacciones, no todos los derechos –jurídicamente reconocidos– presentan un esta-

(104) Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 304 y ss.

(105) Vid. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 411 y ss.; y resumidamente, el mismo, *InDret*, (2), 2017, pp. 28 y s.

tus jurídico equivalente (106). Como correlato lógico a la tripartición de deberes arriba esbozada cabe distinguir igualmente entre tres clases de derechos, esto es, los plenos (o en la terminología de Jakobs, los derechos garantizados), los derechos preferentes y los derechos mínimos. Si resulta que el ordenamiento jurídico no obliga a un sujeto para con otro siempre con la misma intensidad, parece evidente que el derecho de quien espera el cumplimiento de una obligación tampoco presenta siempre una misma e idéntica intensidad, incluso entre derechos garantizados jurídico-penalmente.

Sentado lo anterior, creo posible afirmar que el estatus jurídico-relacional básico entre los ciudadanos de una misma comunidad jurídica, el núcleo que define la demarcación de esferas jurídicas, ha de quedar definido exclusivamente a partir de los derechos y deberes derivados de posiciones de competencia plena. Esto es, solo la infracción de deberes de competencia plena (si se quiere, de garante), con la consecuente lesión de un derecho pleno o garantizado, logra cuestionar de un modo normativamente relevante la relación jurídica en su núcleo central entre dos ciudadanos. Si, como aquí se ha defendido, resulta que la legítima defensa constituye precisamente un instrumento al servicio de la estabilización del núcleo más íntimo de la relación jurídica entre el agresor y el agredido, y éste queda definido exclusivamente por los deberes o derechos de competencia plena, tengan estos un fundamento negativo o positivo (107), parece evidente

(106) En los últimos tiempos, cfr. JAKOBS, *JuS*, (2), 2017, p. 100; y ya antes, JAKOBS, *GS-Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 799 y s., pp. 804 y s.; o el mismo, *Nötigung*, 2016, pp. 17 y ss., quien distingue entre los derechos que conforman el estatus jurídico actual de un sujeto, defendibles –al menos, teóricamente– en legítima defensa, y aquellos que solo pueden ser realizados en el marco de un procedimiento estatalmente organizado y cuya defensa privada constituiría una autotutela ilícita. Distinguiendo igualmente entre ambas clases de derechos, LESCH, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 333 y ss.; y TIMPE, *Nötigung*, 1989, pp. 71 y ss.

(107) Este es el punto de disonancia principal con el planteamiento de PALERMO (*La legítima defensa*, 2006, pp. 237 y ss.), para quien la separación de esferas de libertad a cuya garantía sirve la legítima defensa quedaría configurada solo por deberes negativos. Hasta donde alcanzo, la equivalencia entre ciertos deberes positivos y negativos, asumida expresamente por PALERMO (*ob. cit.*, p. 236), no puede quedarse en la equiparación penológica entre sus infracciones. El que ambas clases de deberes estén normativamente garantizadas de un modo idéntico, esto es, que compartan especie, significa también, ahora ya desde una perspectiva material, que el derecho del sujeto garantizado ha de ser normativamente equivalente. Esta crítica fue ya anticipada por el propio PALERMO, quien reconoce, en primer lugar, que su planteamiento puede parecer en este punto inconsistente. Esta diferencia, no obstante, se explicaría por el hecho de que el agresor que infringe un deber negativo niega la condición mínima de todo orden social, a diferencia del obligado por un deber especial positivo que solo negaría la construcción de un mundo en común con

que solo cabrá ejercer la legítima frente al cuestionamiento de un derecho pleno, esto es, frente a la infracción por parte de un garante de su deber de competencia plena (108). Solo el cuestionamiento de esta clase de derechos justifica una suspensión parcial del deber de paz (*Friedenspflicht*) del ciudadano, otorgándole la facultad a él o a un tercero de recurrir –de forma prácticamente ilimitada– a la defensa privada necesaria para evitar el menoscabo de su derecho garantizado (109). O lo que es lo mismo: la lesión de derechos plenos o garantizados no permite, salvo en casos excepcionales, imponer al agredido un deber de tolerar momentáneamente el menoscabo de su derecho, obligándole a recurrir a canales institucionalizados de solución del conflicto para una eventual restitución posterior de su dere-

el necesitado. Del mismo modo que se atribuye un distinto efecto atenuador a los motivos de conciencia cuando de la infracción de un deber positivo y negativo se trata, la facultad de defender una pretensión puramente positiva habría de ser menor que la de quien pretende hacer valer su derecho de corte negativo (*ob. cit.*, p. 240). Sin embargo, en mi opinión, tampoco esta réplica es concluyente. Ni resulta evidente que la relevancia de los motivos de conciencia en la determinación de la pena dependa del carácter positivo o negativo del deber; ni se alcanza a ver cómo armonizar la diferencia entre los deberes positivos y negativos señalada por PALERMO con la fundamentación que previamente él mismo hace de la equivalencia normativa de ciertos deberes positivos y negativos. Si resulta que «la infracción de un deber positivo, cuando la institución generadora del deber tiene la misma relevancia social que la institución libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias, equivale a la infracción de un deber negativo» (*ob. cit.*, p. 240) ¿por qué razón el derecho de defensa del garantizado por un deber positivo habría de ser menor? Y en segundo lugar, el propio PALERMO advierte que su planteamiento lleva a equiparar en la respuesta defensiva la omisión pura y la omisión del garante que infringe su deber positivo. Para PALERMO, sin embargo, ello no habría de ser un problema en la praxis, pues en los supuestos relevantes, aquellos en los que un cónyuge no evita que el otro lesione al hijo común, el estado de necesidad (agresivo) permitiría ya amenazar o golpear al omitente para que evitara la lesión (*ob. cit.*, p. 241). En mi opinión, tampoco este contraargumento resulta decisivo. El problema normativo que correctamente advierte PALERMO no puede soslayarse negándole relevancia práctica. La pregunta esencial sigue esperando respuesta: ¿por qué no cabe responder en legítima defensa frente al padre y sí frente al socorrista garante por asunción si resulta que ambos agentes están obligados por deberes normativamente equivalentes?

(108) En este sentido, muy claramente, LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 91 y ss., p. 93: «El deber de tolerancia del agresor solo puede legitimarse en la legítima defensa como la contracara de los derechos subjetivos del agredido cuando el agresor es competente como *garante* por la defensa del menoscabo del bien que amenaza». (Cursiva en el original). Y en el mismo sentido, WILENMANN, *FS-Etcheberry*, 2016, pp. 275 y ss. De parecida opinión, ERB, «§ 32», *MK*, 3.ª ed., nm. 70, para quien la infracción del deber de socorro general no supondría una quiebra de la paz jurídica (*Friedensbruch*), por lo que no cabría garantizar su cumplimiento a través de la legítima defensa.

(109) *Pars pro toto*, ISENSEE, *FS-Eichenberger*, 1982, pp. 27 y ss.

cho (110). *Sensu contrario*, el cuestionamiento del resto de derechos jurídicamente reconocidos, al igual que sucede, por ejemplo, con los derechos relativos de naturaleza jurídico-privada (111), no es razón suficiente para excepcionar en su esencia la vigencia del principio del monopolito estatal de la violencia. Existe, pues, con carácter general, un deber de tolerar su menoscabo momentáneo y de recurrir para su restablecimiento a los canales institucionalizados de resolución de conflictos que en abstracto aparecen para ello como idóneos (112). Por consiguiente, solo excepcionalmente, cuando así lo determinen razones de solidaridad (estado de necesidad) o la necesidad de garantizar –como medida cautelar– la posibilidad de una posterior restitución del derecho en el marco de un proceso (autotutela), cabe reconocer derechos de defensa privada a fin de salvaguardar derechos no plenos.

Llegados a este punto, cabe definir la agresión –a los efectos del art. 20.4 CP– como el menoscabo autorresponsable de un derecho pleno o garantizado idóneo para lesionar los intereses o bienes jurídicos del sujeto agredido (113). Con ello, claro está, se quiebra la pretensión de inserción sistemática del concepto de agresión en la teoría del hecho punible: ni todo injusto penalmente relevante constituye agresión a los efectos de la legítima defensa, no lo es, por ejemplo, una mera omisión del socorro debido; ni toda agresión ha de constituir necesariamente a la vez un injusto penal punible (114). En todo caso, y esto es fundamental para lo que aquí importa, resulta completamente indiferente a los efectos de definir la noción de agresión el carácter activo u omisivo de la infracción del deber de garante. El que los deberes, tanto positivos como negativos, pueden ser infringidos activa u omisivamente, sin que de ello se deriven consecuencias materiales, es a día de hoy ampliamente aceptado en

(110) Al respecto, en profundidad, SENGBUSCH, *Die Subsidiarität der Notwehr*, 2008, pp. 257 y ss., 280 y s., quien niega en las situaciones de legítima defensa de forma categórica el deber de recurrir a la ayuda estatal.

(111) Cfr. JAKOBS, *JuS*, (2), 2017, p. 100.

(112) Así, a propósito de los derechos de defensa en estado de necesidad defensivo, WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 428 y ss.

(113) Así ya, LESCH, *FS-Dahs*, 2005, p. 93; y de parecida opinión, ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 237 y s.

(114) En esta misma línea, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2014, pp. 4, 8. Sobre la ruptura de la continuidad sistemática entre el concepto de injusto para la legítima defensa y como presupuesto del castigo, aunque solamente en lo que se refiere a las reglas de imputación de la infracción del derecho subjetivo, *vid.* además, WILENMANN, *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 665 y s.

la doctrina penal continental (115). Y en mi opinión, nada distinto habría de valer en el ámbito de la legítima defensa. La infracción de deberes de competencia plena que pone en peligro bienes ajenos constituye agresión, también cuando el menoscabo del derecho pleno del agredido trae causa de una mera omisión. No así, en cambio, la infracción de deberes de competencia intermedia o mínima, ello incluso cuando dicha infracción se produzca a través de un comportamiento activo (116). Frente al propietario de la casa que se dispone a cerrar la puerta para evitar que el necesitado perseguido por un asaltante salve su vida (interrupción de un curso causal salvador ajeno dentro del propio ámbito de organización), tampoco cabe reaccionar en legítima defensa, pues su deber de omitir cerrar la puerta se fundamenta en un deber de solidaridad cuya infracción no ataca el núcleo esencial de derechos cuya garantía justifica una respuesta en legítima defensa (117). Lo relevante no es el carácter activo u omisivo de la agresión, sino la naturaleza jurídica del deber infringido o del derecho menoscabado.

Y hasta donde alcanzo, ninguno de los tres argumentos generalmente argüidos para rechazar la posibilidad de una agresión omisiva resultan concluyentes. En primer lugar, en contra del argumento estrictamente lingüístico cabe afirmar que no es cierto que la omisión

(115) En este sentido, con ulteriores referencias, ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, pp. 4 y ss.

(116) Por lo que el planteamiento aquí sostenido es inmune a la crítica de falta de coherencia sistemática formulada por RENZIKOWSKI contra la exclusión de la legítima defensa frente a meras omisiones del socorro debido *ex* § 323c StGB (*supra* III. 2). Tampoco frente al que infringe activamente este deber cabe reaccionar en legítima defensa.

(117) Para quien la interrupción de cursos causales salvadores dentro de la propia esfera de organización constituya la lesión de un deber de competencia plena [así p. ej., SILVA SÁNCHEZ, *LH-Figueiredo Dias*, 2009, pp. 988 y ss.; o el mismo, *Revista Discusiones*, (7), 2007, p. 42], sí cabría, no obstante, ejercer legítima defensa frente a quien cierra la puerta de su casa y condena al necesitado a una muerte segura. Y en un sentido parecido, cfr. HELMERS, *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, 2016, pp. 315, 329, quien señala que frente a quien no desocupa un bien sobre el que el necesitado tiene un derecho preferente (en estado de necesidad) cabe ejercer legítima defensa. Como en el texto, en cambio, tempranamente, MEYER-BAHLBURG, *GA*, 1968, pp. 50 y s.; o GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, (53), 2000, pp. 98 y ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2001, pp. 234 y ss., p. 263; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 95 y s.; y en profundidad, fundamental, LERMAN, *La Omisión por Comisión*, 2013, pp. 229 y ss., p. 262: «[c]uando existe una injerencia activa sobre un bien respecto del cual normalmente se tiene derecho a intervenir, y sólo se debe omitir actuar en función de la existencia de un estado de necesidad agresivo justificante, que autoriza a un tercero a utilizar ese bien a favor de la víctima, entonces el actuante responderá exclusivamente por el delito de omisión propia».

no pueda quedar abarcada por el sentido posible del término agresión (118). A decir verdad, la discusión puramente lingüística poco contribuye a resolver el problema dogmático que ahora nos ocupa, pues el término «agresión» es lo suficientemente amplio como para carecer de un significado específico al margen de un determinado contexto. La pregunta de si una omisión puede constituir o no una agresión solo puede ser respondida a través de un argumento dogmático: no se trata de descubrir el pretendido sentido lingüístico propio o socialmente compartido del término «agresión», sino más bien de asignárselo de forma precisa desde el aparato conceptual propio y preexistente de la dogmática de la legítima defensa (119). Y lo cierto es que nuestro actual sistema jurídico reconoce la plena equivalencia material entre la infracción activa y omisiva de un mismo deber, sin que haya razón alguna que justifique apartarse de este axioma a la hora de definir el término «agresión» (120).

En segundo lugar, tampoco resultan convincentes los argumentos tendentes a negar que una omisión pueda poner en peligro bienes jurídicos. La idea de que el omitente no pone en peligro el bien jurídico, pues el riesgo que acecha a la víctima –por definición– encuentra su origen en una fuente distinta, desconoce precisamente el sentido normativo de una posición de garantía jurídico-penal. El obligado por un deber de competencia plena a conjurar un peligro es responsable del no acaecimiento de un concreto resultado, con independencia del origen del peligro, de modo que, desde un punto de vista normativo, la puesta en peligro relevante del bien jurídico es precisamente la que se deriva de su omisión (121). El que el garante no haya desencadenado previamente de forma activa el peligro no quita que, desde el momento en el que omite de forma normativamente relevante su conjura, éste le es atribuido a él como una obra propia, como una agresión susceptible de ser,

(118) Como aquí, *vid.* solo LAGODNY, *GA*, 1991, p. 302; o GÜNTHER, «§ 32», *SK-StGB*, 7.^a ed., nm. 30.

(119) En este sentido, fundamental, ROBLES PLANAS, *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 y s.; y de parecida opinión, KUBICIEL, *Die Wissenschaft*, 2013, pp. 45 y ss.

(120) Cfr. MERKEL, *FS-Jakobs*, 2007, p. 388, n. 40, quien advierte tras la negativa a aceptar agresiones omisivas un concepto de agresión pseudo-naturalista erróneo. Como a continuación habrá de quedar de manifiesto, los problemas dogmáticos o prácticos que pueda generar la admisión de una legítima defensa contra una omisión no son razón suficiente, a diferencia de lo que sostiene SCHUMANN, *FS-Denker*, 2012, p. 305, para negar que una omisión pueda constituir agresión a los efectos del art. 20.4 CP.

(121) En este sentido, muy claramente, ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 11; y en profundidad, sobre la equivalencia normativa entre la creación activa y omisiva de un riesgo desvalorado, *vid.* p. ej., HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 230 y ss.

pues, respondida en legítima defensa (122). Quienes pretenden circunscribir la legítima defensa frente a las omisiones que siguen a injerencias activas, por un lado, restringen injustificadamente el alcance de la institución, al negar tal facultad frente al garante que infringe de forma responsable un deber de competencia plena; pero por el otro lado, lo ensanchan en exceso, al otorgar una facultad de legítima defensa frente a quien omita el salvamento tras haber provocado una situación de necesidad de un modo no plenamente responsable (123).

Y en tercer lugar, tampoco creo que los diferentes problemas dogmáticos a los que ya se ha aludido en este trabajo, ni otros más apenas tematizados (124), constituyan razón suficiente para negar a la víc-

(122) Un problema de hondo calado y que aquí no puede ser abordado como merece es el del momento del inicio de la agresión omisiva. Cfr. p. ej., SEELMANN, «§ 13», *AK-StGB*, nm. 82 y ss. El momento de inicio de la tentativa del delito omisivo suele ofrecer un importante punto de referencia. Aunque éste también resulta objeto de una importante controversia doctrinal, *vid.* al respecto ALCÁZER GUIRAO, *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, pp. 18 y ss., cabe apuntar aquí que el inicio de la tentativa y, por lo general, de la agresión omisiva, puede verse en el instante en el que el mero no hacer supone ya una toma de postura comunicativamente relevante por parte del omitente, no neutral, para con el deber y el riesgo que caracteriza la situación de conflicto. A propósito del inicio de la tentativa en el delito omisivo impropio, en un sentido parecido, cfr. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 163 y ss., p. 165. Se trata, en definitiva, de fijar el instante en el que la omisión, como desviación del sistema de rutina en un concreto ámbito vital, solo puede entenderse como reflejo exteriorizado de la actitud creíble de quien no está dispuesto a cumplir su deber. Ello no depende de meros datos fácticos o temporales, sino de juicios normativos de atribución de significado en atención a los tipos penales. En un sentido parecido, cfr. RATH, *JuS*, (12), 1998, pp. 1109 y s., n. 43. Así pues, quien acelera el automóvil tras atropellar a un peatón con la intención de abandonar el lugar de los hechos inicia ya la tentativa de su delito omisivo; al igual que lo hace el socorrista que tras advertir que un bañista se está ahogando permanece completamente inmóvil en su torreta de vigilancia. El no inicio de la conducta salvadora solo puede ser entendido en ambos casos como el comienzo de la realización típica.

(123) Contra la infracción de un deber de competencia preferente, sea a través de una acción o de una omisión, solo cabe responder en estado de necesidad defensivo. Cfr. *infra* IV. 5.

(124) Me refiero, p. ej., a los problemas a la hora de definir el derecho de legítima defensa y sus límites cuando son varios los sujetos obligados o en disposición que omiten llevar a cabo una misma conducta. Sí tematiza este problema, distinguiendo en función del grado de responsabilidad del obligado, ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 224 y ss.; y brevemente, SCHUMANN, *FS-Dencker*, 2012, pp. 300 y s.; o DENCKER, *FS-Frisch*, 2013, pp. 481 y s. Quedémonos ahora –tan solo– con los siguientes tres escenarios: (1) Un niño pelagra de morir ahogado, mientras su padre y su madre, ambos buenos nadadores, omiten dolosamente iniciar el salvamento debido. Aquí cabría afirmar que ninguno de los dos progenitores garantes puede ejercer violencia contra el segundo, sino que cada uno debe cumplir personalmente su deber. (2) Un niño pelagra de morir ahogado mientras su padre y un extraño, ambos buenos nadadores, contemplan impasibles el inicio de la tragedia. El extraño, tan solo obligado por el

tima de la omisión su derecho de legítima defensa (125). A decir verdad, gran parte de los problemas a los que suele aludirse en este ámbito son comunes a las agresiones activas (actualidad, subsidiariedad...), sin que a nadie se le ocurra negar por ello todo derecho de legítima defensa. Pero es que además, la incertidumbre que rodea a la legítima defensa frente a omisiones junto con el temor al desbordamiento de esta institución invitan precisamente al desarrollo dogmático del instituto, no a negar el derecho de legítima defensa de quien tiene un derecho pleno frente a su garante. La definición aquí expuesta del concepto de agresión, como infracción de un derecho subjetivo pleno o garantizado, contribuye decididamente a poner límites a la institución, y ello en un doble e importante sentido.

Por un lado, queda excluida de plano la posibilidad de responder en legítima defensa frente a la infracción de meras obligaciones jurídico-civiles, ya sean *ad ommittendum* o *ad faciendum* (126). La simple negativa del deudor a cumplir con su prestación no supone el menos-

deber general de socorro del art. 195 CP, tampoco tendría aquí un derecho de legítima defensa en auxilio necesario frente al garante, sino que seguiría obligado a cumplir personalmente su deber. (3) Un niño peligra de morir ahogado en la mar marejada, pudiendo y debiendo efectuar el rescate un socorrista experimentado. Junto a él, se encuentra un bañista que, dada la situación de la mar, le es inexigible conforme al art. 195 CP, pero no imposible, efectuar el salvamento del niño. Si no voy errado, el tercero que puede, pero no debe (es inexigible) arriesgar su vida para salvar al niño sí podría forzar en legítima defensa al socorrista para que lleve a cabo el salvamento. Las tres reglas de solución ofrecidas vinculan de un modo parecido a un hipotético tercero que pretenda actuar en auxilio necesario. Ese tercero podría ejercer en el primer escenario legítima defensa contra cualquiera de los dos garantes; mientras que en el segundo y tercer ejemplo solo podría ejercer legítima defensa frente al garante. Dejo aquí a un lado el problema de si de los deberes general de competencia plena (o de garante) o del deber general de socorro del art. 195 CP se derivan deberes de actuar en legítima defensa de terceros cuando el obligado no puede llevar a cabo personalmente la acción salvadora. En sentido favorable, cfr. ENGLÄNDER, *FS-Roxin*, 2011, pp. 657 y ss.; o FABRE, *The Journal of Political Philosophy*, (15:4), 2007, pp. 363 y ss.

(125) Este parece ser el argumento de cierre de SCHUMANN (*FS-Dencker*, 2012, p. 305, n. 68) en su influyente artículo en contra de la figura de la legítima defensa contra omisiones: la legítima defensa (irrestringida) está pensada como reacción frente a los injustos más graves, esto es, frente a comportamientos activos, y esta es la razón que explica los múltiples problemas (actualidad de la agresión, idoneidad y necesidad de la defensa o, entre otros, la prioridad de los canales institucionalizados de resolución de conflictos) con los que topa la doctrina a la hora de reconstruir una legítima defensa frente a omisiones. Próximos, DENCKER, *FS-Frisch*, 2013, p. 489; o BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT*, 12.^a ed., 2016, § 17, nm. 10.

(126) En este mismo sentido, cfr. ERB, «§ 32», *MK*, 3.^a ed., nm. 67 y ss.; RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 105 y ss.; ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 11; o STRATENWERTH, *ZStW*, (1), 1956, pp. 62, 64. En sentido contrario, cfr. LAGODNY, *GA*, 1991, p. 306, quien sin embargo restringe el ámbito de las obligaciones civiles defendibles en legítima defensa a partir del principio de subsidiariedad.

cabo de un derecho absoluto o consolidado del acreedor, sino simplemente la no realización de una prestación debida cuya garantía se ha de articular necesariamente en el marco de un proceso civil. Por ello, ni cabe forzar al deudor en legítima defensa a que satisfaga el pago de su deuda; ni evitar que el pianista que se ha comprometido contractualmente a no tocar a partir de las seis de la tarde lo haga, ni forzar al particular para que tras el hallazgo de una cosa mueble que peligra de perderse la restituya de inmediato a su poseedor conocido (127). Lo anterior rige igualmente en el supuesto del arrendatario que, una vez finalizado el contrato de alquiler, se niega a abandonar la vivienda (128). Frente a éste, como claramente establecen los arts. 441 CC y 437.3 LEC, solo cabe interponer una demanda de desahucio. Recurrir a la legítima defensa para recuperar el derecho dominical, no solo no sería legítimo, sino que podría ser incluso constitutivo de los delitos de realización arbitraria del propio Derecho (art. 455 CP) o de allanamiento de morada (202 CP) (129). Más allá de los supuestos particulares de autotutela regulados en nuestro CC (130), y a falta de una regulación general de la autotutela como la prevista en el § 229 BGB (131), la satisfacción de obligaciones jurídico-privadas solo puede ser asegurada en el marco del correspondiente proceso judicial (132).

dad de dicha institución frente a los canales de resolución de conflictos estatales. En un sentido parecido, LESCH, *FS-Dahs*, 2005, pp. 93 y s.

(127) El que el art. 655 CC le obligue a la restitución de la cosa no lo convierte automáticamente en garante, sino más bien en un obligado solidario en favor del derecho de propiedad ajeno. Este derecho a la restitución de la cosa no es, pues, un derecho garantizado o consolidado en el sentido arriba descrito y, por ende, su salvaguarda no puede articularse nunca a través de la legítima defensa.

(128) La doctrina dominante niega en Alemania, y con razón, la posibilidad de expulsar de la vivienda en legítima defensa al arrendatario una vez finalizado el contrato. *Pars pro toto*, STAHL, *Notwehr gegen Unterlassen*, 2015, pp. 154 y s., n. 385; o SPENDEL, «§ 32», *LK*, 11.^a ed., nm. 47, quien, sin embargo, reconoce tal derecho cuando el inquilino hace un uso inadecuado (p. ej., destruye la vivienda) de su derecho de posesión inmediata.

(129) Adviértase que la lesión del derecho del arrendador no constituye en ningún caso un delito de allanamiento de morada que pudiera justificar eventualmente una respuesta en legítima defensa. Conforme al art. 202 CP solo es sujeto típico del delito aquel que no habita en la morada, cosa que sí hace quien está vinculado por una relación jurídica –incluso extinguida– con el morador. Cfr. p. ej., DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 245.

(130) Cfr. *supra* n. 30.

(131) Para un análisis en lengua española de esta institución, con anotaciones para nuestro Derecho civil, *vid.* ENNECERUS/NIPPERDEY, *Derecho Civil (Parte General)*, 3.^a ed., v. II, 1981, § 240 y ss.

(132) En este mismo sentido, recientemente, ROBLES PLANAS, *Polít. crim.* (22), 2016, pp. 713 y s.

Y por el otro, conforme a lo aquí sostenido, queda igualmente excluida la legítima defensa frente a la infracción de deberes de competencia preferente y mínima. En contra de lo que en ocasiones se afirma (133), no es la baja pena prevista para la infracción de esta clase de deberes el factor que explica la imposibilidad de ejercer legítima defensa frente a tales omisiones (134). También frente a agresiones levemente castigadas, para muchos, incluso frente a agresiones atípicas, cabría ejercer legítima defensa. Ésta, en tanto que la más severa de las respuestas defensivas privadas, queda reservada –por razones de coherencia axiológica– para la tutela de los derechos plenos o garantizados. Y adviértase además que, dado que no se reconocen en el planteamiento aquí acogido posiciones de competencia plena derivadas de injerencias no plenamente responsables (fortuitas o negligentes), el margen de omisiones frente a las que cabe responder en legítima defensa es notablemente menor que el reconocido por quienes, pese a restringir la legítima defensa frente a la infracción de deberes de garante, no exigen para la constitución de tal posición de garantía ni siquiera un actuar precedente antijurídico.

5. La respuesta defensiva frente a la infracción de deberes de competencia preferente y mínima

Y llegados a este punto, queda únicamente por responder una última cuestión: ¿de qué modo puede defenderse quien es víctima de la infracción de un deber de competencia preferente o mínima? Pues bien, en consonancia con un amplio sector doctrinal (135), cabe afirmar, en primer lugar, que la víctima de la infracción de un deber de competencia mínima (o su auxiliante necesario) solo podrá defenderse frente al omitente dentro de los estrictos márgenes del estado de necesidad agresivo (136). Es decir, solo podrá forzar al omitente,

(133) Cfr. *supra* IV. 3.1.

(134) Con razón, RÖNNAU/HOHN, «§ 32», *LK*, 12.^a ed., nm. 103.

(135) En este sentido, cfr. p. ej., ROXIN, *AT*, v. I, 4.^a ed., 2006, § 15, nm. 13; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (35), 1982, p. 671; ENGLÄNDER, «§ 32», *Matt/Renzikowski*, nm. 10; o ERB, «32», *MK*, 3.^a ed., nm. 70.

(136) En contra de lo sostenido por JAKOBS (*AT*, 2.^a ed., 1991, 12/21; y *supra* III. 3.2.), cabe afirmar, por un lado, que los bienes jurídicos que protege el obligado por un deber de socorro general no son supraindividuales, por lo que el agredido (o su auxiliante necesario) no actúan en legítima defensa del Estado. El que el obligado al socorro aparezca como un cuasi-funcionario obligado por un deber que recae primariamente sobre la colectividad no quita que, en última instancia, la omisión ponga en peligro bienes individuales a cuya garantía sirve la institución positiva. En este mismo sentido, cfr. PAWLIK, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (22), 2014, pp. 155 y ss.,

que no agresor, a cumplir su deber cuando con ello salvaguarde un interés propio esencialmente preponderante frente al que menoscaba. Esto significa, en definitiva, que el menoscabo que el omitente ha de tolerar forzado por el agredido o su auxiliante necesario es idéntico al que se le exige asumir para cumplir con su deber de solidaridad mínima, o lo que es lo mismo: el omiso salvamento no altera el grado de sacrificio propio que ha de asumir el obligado por un deber de competencia mínima (137). Aquí se manifiesta una vez más la naturaleza excepcional de los deberes de solidaridad mínima en el marco de un ordenamiento jurídico liberal (138): su alto grado de heteroimposición no solo se plasma en la laxitud del castigo, o en la amplitud de las cláusulas de inexigibilidad, sino que encuentra un reflejo axiológicamente coherente en el sistema de derechos previsto para su aseguramiento. Y esto, en contra de lo que afirma Renzikowski, no supone que el derecho o deber de solidaridad solo exista sobre el papel (139): el que en ciertos casos no pueda ser impuesto inmediatamente de forma coactiva el cumplimiento del deber no significa que no exista tal derecho. La facultad de legítima defensa no es, pues, condición necesaria para hablar de un derecho. El que los derechos de competencia mínima solo puedan ser impuestos por parte de los particulares en estado de necesidad (agresivo) responde sencillamente a la voluntad del sistema jurídico de mantener una armonía axiológica entre la entidad de los derechos o deberes con las facultades para su imposición privada violenta.

A una solución distinta ha de llegarse, en cambio, en el supuesto en el que el omitente infringe un deber de competencia preferente, por

subrayando que el injusto del omitente no es contra la comunidad, sino contra el necesitado que ve defraudada su pretensión de solidaridad. Y por el otro, desde una perspectiva práctica, resulta que el derecho de legítima defensa que JAKOBS le pretende otorgar a la víctima de una omisión del deber de socorro resulta excesivamente amplio, pues como él mismo reconoce, en la legítima defensa en favor del Estado «la proporcionalidad entre el bien defendido y el que se lesiona en la defensa tiene [...] el mismo significado que en el resto de supuestos de legítima defensa» (*ob. cit.*, 12/13).

(137) En un sentido distinto, cfr. ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 221 y ss., quien pareciera poner de manifiesto un punto débil (por incoherente) del planteamiento aquí defendido: frente al que omite el salvamento *ex art.* 195 CP de forma plenamente responsable cabría ejercer la misma violencia (estado de necesidad agresivo) que frente al que no satisface ese mismo deber de un modo completamente irresponsable, p. ej., en error de tipo invencible. Sin embargo, hasta donde alcanzo, es la naturaleza excepcional de estos deberes la que explica por qué tampoco su infracción responsable da pie a una injerencia en los intereses del omitente superior a la general.

(138) Al respecto, *pars pro toto*, ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP*, (53), 2000, pp. 362 y ss.; el mismo, *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, p. 5.

(139) Cfr. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 293 y s.

ejemplo, cuando el que ha provocado negligentemente un accidente se niega posteriormente a socorrer a su víctima. A diferencia de lo sostenido de forma mayoritaria en la doctrina en Alemania, pero en consonancia con la *communis opinio* en España (140), no cabe reconocer al necesitado en tales supuestos un verdadero derecho de legítima defensa. Su derecho y el correlativo deber de salvamento que recae sobre el injerente carecen del estatus normativo suficiente como para facultar una respuesta en legítima defensa. Sin embargo, a fin de mantener una adecuada armonía entre la entidad del derecho o deber y la facultad para su imposición, tampoco sería adecuado conceder al necesitado el mismo derecho de defensa frente al omitente que ha provocado negligentemente su situación de necesidad que frente al extraño al que solo le une un vínculo de solidaridad mínima (141). La solución intermedia axiológicamente consistente nos la ofrece la regulación del estado de necesidad defensivo (142): al sujeto que ostenta una posición de competencia intermedia, obligado por un deber de competencia preferente, cabe forzarlo a que cumpla su obligación siempre y cuando con ello no se salvaguarde un interés esencialmente inferior al que se lesiona (143). Y ello, claro está, aunque la omisión

(140) Cfr. solo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.^a ed., 2003, pp. 434 y s., 464; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia*, 2006, p. 776, pp. 805 y ss., con ulteriores referencias.

(141) En las conclusiones, de parecida opinión, ØVERLAND, *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 218 y ss.

(142) En esta misma dirección, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2016, pp. 300 y s.; y sobre el fundamento de la posición de competencia preferente en situaciones de estado de necesidad defensivo, cfr. el mismo, *InDret*, (1), 2011, pp. 25 y ss.

(143) Ya PALERMO formuló de *lege ferenda* en su trabajo monográfico (*La legítima defensa*, 2006, pp. 243 y s.) una interesante propuesta de distinción gradual de las causas de justificación en atención a los distintos grados de intensidad normativa de los deberes. Mientras que solo cabría legítima defensa frente a la infracción de deberes negativos, frente al garante obligado por un deber positivo cabría reaccionar ejerciendo una facultad intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo. Es decir, cabría admitir una lesión de los bienes del obligado mayor a la tolerable en estado de necesidad agresivo, pero menor de la que debería soportarse en legítima defensa (*ob. cit.*, p. 243). Con ello pretende otorgar PALERMO un acomodo sistemático más apropiado a los supuestos en los que el agresor infringe un deber positivo (de garante): se concede al agredido un derecho de necesidad más intenso que el del estado de necesidad agresivo, pero con límites: «La ausencia del requisito de la proporcionalidad en legítima defensa es absolutamente ajena al fundamento de las relaciones positivas entre las personas, pues la construcción de un mundo parcialmente común no puede lograrse a costa de la exclusión de uno de los implicados». Ahora bien, por un lado, si como el propio PALERMO sugiere, frente al omitente garante positivo cabría reaccionar en estado de necesidad defensivo (*ob. cit.*, p. 244, n. 957), no es descartable que en el caso concreto se esté autorizando, p. ej., a acabar con la vida del omitente, es decir, a romper definitivamente el «mundo en común»

del obligado sea plenamente responsable. La posterior omisión no altera en nada la clase de competencia del omitente y, por extensión, el merecimiento de protección del derecho en cuestión. Así pues, si no voy errado, la facultad de defensa queda determinada con carácter general por la especie del deber que une al «agresor» y a su «víctima». El grado de responsabilidad puede efectivamente aminorar este derecho de defensa, de modo que frente a quien infringe un deber de competencia plena de un modo parcialmente responsable solo cabe defenderse en estado de necesidad defensivo. Pero no, en cambio, incrementar dicho derecho de defensa, es decir, el que el omiso salvamento *ex art. 195 CP* o *ex art. 195.3 CP* sea plenamente responsable no otorga a la víctima de la infracción del deber una facultad de defensa superior, esto es, una facultad de respuesta en estado de necesidad (defensivo) o en legítima defensa respectivamente.

V. CONCLUSIONES

I. El tardío desarrollo del delito omisivo es posiblemente la causa principal del escaso desarrollo dogmático de los puntos de confluencia entre aquel instituto y la legítima defensa.

II. Especialmente controvertida se muestra la cuestión de si y frente a qué clase de omisiones cabría ejercer legítima defensa. Mientras que para algunos autores solo constituye «agresión» a tal efecto un comportamiento activo, hay quienes admiten la legítima defensa frente a toda clase de omisiones (propias e impropias), incluso frente a omisiones penalmente atípicas. La doctrina mayoritaria admite la legítima defensa, pero la circunscribe a la defensa de bienes jurídicos frente a la omisión de un garante.

III. La legítima defensa puede ser definida como un instituto jurídico compensatorio o restitutorio: la defensa está permitida porque y en la medida en que aquella es idónea y necesaria para asegurar la vigencia de la demarcación previa y jurídicamente garantizada entre las esferas de libertad del agredido y del agresor cuando este último

conformado por omitente y necesitado. Por el otro, tampoco alcanzo a ver por qué el ordenamiento habría de tratar de garantizar un «mundo en común» que el agresor libremente ha decidido destruir. De hecho, y ya por último, el argumento de PALERMO pareciera presuponer que el derecho de defensa del necesitado queda en estos casos legitimado por su utilidad a fin de mantener una institución social. En mi opinión, sin embargo, lo que está en juego en estos casos son los intereses del menor, para cuya salvaguarda está dispuesta la institución. Ésta no es nunca un fin en sí mismo, sino un mero instrumento al servicio de quienes la integran.

pretende alterarla. Así pues, no toda puesta en peligro de un bien jurídico constituye agresión a los efectos de la legítima defensa.

IV. Asumiendo que el estatus jurídico-relacional básico entre los ciudadanos queda definido exclusivamente a partir de los derechos y deberes derivados de competencia plena, cabe afirmar que solo cabrá ejercer legítima defensa frente al cuestionamiento de un derecho pleno, esto es, frente la infracción por parte de un garante de su deber de competencia plena. A estos efectos es irrelevante el carácter activo u omisivo de la infracción del deber.

V. Mientras que al infractor de un deber de competencia mínima solo cabe forzarlo a cumplir su deber dentro de los estrechos límites propios del estado de necesidad agresivo, a quien infringe un deber de competencia preferente cabe someterlo a los costes que impone el estado de necesidad defensivo. De este modo se consigue armonizar axiológicamente el sistema tripartito de derechos y deberes que caracteriza nuestro ordenamiento jurídico-penal con el sistema de aseguramiento privado de derechos a través de las causas de justificación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., «Límites al deber de socorro», *Revista General de Derecho Penal*, (26), 2016, pp. 1 y ss.
- «Autonomía, solidaridad y deber de socorro. (Un apunte histórico)», *ADPCP*, (53), 2000, pp. 361 y ss.
- ARZT, G., «Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr», en Grünwald (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein: zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1975, pp. 77 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, 5.ª ed., Madrid, 1998.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994.
- BARRAGÁN MATAMOROS, L., *La legítima defensa actual*, Barcelona, 1987.
- BARRY, C./ØVERLAND, G., «The Implication of Failing to Assist», *Social Theory and Practice*, (40:4), 2014, pp. 570 y ss.
- BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W./EISELE, J., *Strafrecht: allgemeiner Teil: Lehrbuch*, 12.ª ed., Bielefeld, 2016.
- BÖHM, A., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Frankfurt a. M., 1957.
- BUBNOFF, E., «Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts», *GA*, 1968, pp. 65 y ss.
- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: Parte general*, v. II, 6.ª ed., Madrid, 1998.
- COCA PAYERAS, M., «Art. 442», en Paz-Ares Rodríguez et al. (eds.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991.

- COCA VILA, I., «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal», *InDret*, (2), 2017, pp. 1 y ss.
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, Barcelona, 2016.
- «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 y ss.
- DENCKER, P. H., *Notwehr gegen Unterlassen*, Mainz, 1953.
- DENCKER, F., «Über Gegenwärtigkeit», en Freund (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 477 y ss.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Capítulo VII. Allanamiento de morada», en Bajo Fernández (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, pp. 239 y ss.
- DÍAZ-PALOS, F., *La legítima defensa*, Barcelona, 1971.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006.
- ENGISCH, K., «Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation. Ergänzende Bemerkungen aus der Sicht des Juristen», *Der Chirurg*, (38), 1967, pp. 252 y ss.
- ENGLÄNDER, A., «§ 32», *Matt/Renzikowski. StGB-Kommentar*, München, 2013.
- «Die Pflicht zur Notwehrhilfe», en Heinrich *et al.* (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 657 y ss.
- *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, 2008.
- ENNECCERUS, L./NIPPERDEY, H. C., *Derecho Civil (Parte General)*, 3.^a ed., v. II, Barcelona, 1981.
- ERB, V., «§ 32», *Münchener Kommentar zum StGB*, 3.^a ed., München, 2017.
- FABRE, C., «Mandatory Rescue Killings», *The Journal of Political Philosophy*, (15:4), 2007, pp. 363 y ss.
- FELBER, R., *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen: zugleich ein Beitrag zur ratio des Notwehrrechts*, München, 1979.
- FREUND, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre*, 2.^a ed., Berlin, 2009.
- FRISTER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: ein Studienbuch*, 7.^a ed., München, 2015.
- «Die Notwehr im System der Notrechte», *GA*, 1988, pp. 291 y ss.
- FUCHS, H., *Grundfragen der Notwehr*, Wien, 1986.
- GEILEN, G., «Notwehr und Notwehrexzeß (I)», *Jura*, (4), 1981, pp. 200 y ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La causalidad en la omisión impropia y la llamada »omisión por comisión«, *ADPCP*, (53), 2000, pp. 29 y ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984.
- GRECO, L., «Folter», en Hilgendorf/Joerden (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 2017, pp. 426 y ss.
- GÜNTHER, H. L., «§ 32», *SK-StGB- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 31. Lfg., Köln, 1999.
- HAAS, V., «§ 13», *Matt/Renzikowski. StGB-Kommentar*, München, 2013.
- HALLEBEEK, J., «Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer. Dos ejemplos de la tradición romanística», *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (10), 2013, pp. 215 y ss.

- HELLMANN, U., *Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, München, 1987.
- HELMERS, G., *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts*, Berlin, 2016.
- HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972.
- HERZOG, F., «§ 32», *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. 1, 3.^a ed., Baden-Baden, 2010.
- HILL, D. J., «Ticking bombs, torture, and the analogy with self-defense», *APQ*, (4), 2007, pp. 395 y ss.
- HRUSCHKA, J., «Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre», *ZStW*, (2), 2003, pp. 201 y ss.
- «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, (6), 1979, pp. 385 y ss.
- «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en Jescheck (ed.), *Festschrift fuer Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, pp. 189 y ss.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Granada, 1999.
- ISENSEE, J., «Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates», en Müller (ed.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel, 1982, pp. 23 y ss.
- JAKOBS, G., «Unorthodoxe Bemerkungen zum objektiven Tatbestand der Nötigung», *JuS*, (2), 2017, pp. 97 y ss.
- *Nötigung. Darstellung der gemeinsamem Wurzel aller Delikte gegen die Person*, Paderborn, 2016.
- «Principios y límites de la justificación», *Derecho Penal y Criminología*, (34), 2013, pp. 13 y ss.
- «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP*, (52), 1999, pp. 17 y ss.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin, 1991.
- «Nötigung durch Gewalt», en Hirsch (ed.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, 1986, pp. 791 y ss.
- JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin, 1988.
- JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996.
- JOERDEN, J., «Solidaritätspflichten und Strafrecht», en von Hirsch/Neumann/Seelmann (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Baden-Baden, 2013, pp. 49 y ss.
- «Der Streit um die Gänsebrust: Selbsthilfe im Strafrecht», *JuS*, (1), 1992, pp. 23 y ss.
- KAHLO, M., *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt am Main, 2001.
- KANT, E., *Metaphysik der Sitten*, Ed. Weischedel, v. 7, Frankfurt am Main, 1983.
- KARGL, W., «Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr», *ZStW*, (110), 1998, pp. 38 y ss.
- KAUFMAN, W., «Torture and the «Distributive Justice» Theory of Self-Defense: An assessment», *Ethics & International Affairs*, (1), 2008, pp. 93 y ss.
- KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959.

- KINDHÄUSER, U., «§ 32», *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. 1, 4.^a ed., Baden-Baden, 2013.
- «Zur Genese der Formel „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen«», en Freund (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 493 y ss.
- KÖHLER, M., *Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen, 2017.
- *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, 1997.
- KORIATH, H., «Das Brett des Karneades», *JA*, (3), 1998, pp. 250 y ss.
- KRATZSCH, D., *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, Berlin, 1968.
- KRETSCHMER, B., «Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit?», *RuP*, 2003, pp. 102 y ss.
- KUBICIEL, M., *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2013.
- KÜHL, K., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., München, 2017.
- KÜHN, W., *Vermögensnotwehr und Selbsthilfe*, Halle, 1925.
- LAGODNY, O., «Notwehr gegen Unterlassen», *GA*, 1991, pp. 300 y ss.
- LERMAN, M., *La Omisión por Comisión*, Buenos Aires, 2013.
- LESCH, H., «Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 StGB», en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, Köln, 2007, pp. 327 y ss.
- «Die Notwehr», en Widmaier (ed.), *Festschrift für Dahs*, Köln, 2005, pp. 81 y ss.
- *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, München, 2000.
- LISZT, F. v./SCHMIDT, E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25.^a ed., Berlin, 1927.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de derecho penal parte general*, 3.^a ed., Valencia, 2016.
- *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978.
- MANRIQUE DE LARA MORALES, J., «La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible», *ADC*, (3), 2001, pp. 1165 y ss.
- MAURACH, R./ZIPF, H., *Strafrecht. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat v. I*, 8.^a ed., Heidelberg, 1992.
- MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1967.
- MCMAHAN, J., «Justice and Liability in Organ Allocation», *Social Research*, (74:1), 2007, pp. 101 y ss.
- MERKEL, R., «Folter und Notwehr», en Pawlik (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, Köln, 2007, pp. 375 y ss.
- MEYER-BAHLBURG, H., «Unterlassen durch Begehen», *GA*, 1968, pp. 49 y ss.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal: parte general*, 10.^a ed., Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La legítima defensa del derecho penal», *RJUAM*, (25), 2012, pp. 19 y ss.
- MURMANN, U., *Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., München, 2015.
- MÜSSIG, B., «Antizipierte Notwehr», *ZStW*, (115), 2003, pp. 224 y ss.
- NEUMANN, U., «Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts», en Lüderssen et al. (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt am Main, 1990, pp. 215 y ss.

- NINO, C. S., *La Legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires, 1982.
- OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.^a ed., Berlin, 2004.
- ØVERLAND, «Forced Assistance», *Law and Philosophy*, (28), 2009, pp. 203 y ss.
- PALERMO, O., *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Art. 612», en Paz-Ares Rodríguez et al. (eds.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1991.
- PAWLIK, M., «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», en Hruschka/Joerden (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (22), 2014, pp. 137 y ss.
- *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012.
- *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002.
- «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, (2), 2002, pp. 259 y ss.
- PERDOMO TORRES, J. F., «¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?», *InDret*, (1), 2008, pp. 1 y ss.
- PERRON, W., «§ 32», *Schönke/Schröder - Strafgesetzbuch Kommentar*, 29.^a ed., München, 2014.
- RATH, J., «Grundfälle zum Unrecht des Versuchs», *JuS*, (12), 1998, pp. 1106 y ss.
- REQUEJO CONDE, C., *La legítima defensa*, Valencia, 1999.
- REZIKOWSKI, J., *Notstand und Notwehr*, Berlin, 1994.
- ROBLES PLANAS, R., «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Polít. crim.* (22), 2016, pp. 704 y ss.
- «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, pp. 1 y ss.
- «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS* (2), 2010, pp. 134 y ss.
- *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el código penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ OLIVAR, G., *La legítima defensa imprudente*, Buenos Aires-Montevideo, 2008.
- ROXIN, C., *Strafrecht. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, v. 2, München, 2003.
- RÖNNAU, T./HOHN, K., «§ 32», *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 2, 12.^a ed., Berlin, 2006.
- ROSENAU, H., «§ 32», *Satzger, Schluckebier, Widmaier, StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.^a ed., Köln, 2016.
- RÜPING, H., «Recht der Organtransplantation», *GA*, 1978, pp. 129 y ss.
- RUSCONI, M., *La justificación en el Derecho penal*, Buenos Aires, 1996.
- SANGUERO, B., *Self-Defence in Criminal Law*, Oxford, 2006.
- SCHUMANN, H., «Notwehr gegen Unterlassen?», en Degener (ed.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2012, pp. 287 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2.^a ed., Tübingen, 1984.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Tübingen, 1970.

- SEELMANN, K., «§ 13», *Alternativ Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 1, Luchterhand, 1990.
- SENGBUSCH, R., *Die Subsidiarität der Notwehr*, Berlin, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 y ss.
- *El delito de omisión*, 2.ª ed., Buenos Aires, Montevideo, 2012.
- «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», en da Costa Andrade (ed.), *Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. II, Coimbra, 2009, pp. 979 y ss.
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 25 y ss.
- «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en Consejo General del Poder Judicial, *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, pp. 153 y ss.
- «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, (35), 1982, pp. 663 y ss.
- SPENDEL, G., «§ 323c», *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 8, 11.ª ed., Berlin, 2005.
- «§ 32», *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 2, 11.ª ed., Berlin, 2005.
- STAHL, A., *Notwehr gegen Unterlassen*, Baden-Baden, 2015.
- STRATENWERTH, G., «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, (1), 1956, pp. 41 y ss.
- STRATENWERTH, G./KUHLEN, L., *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat*, 6.ª ed., München, 2011.
- TIMPE, G., *Die Nötigung*, Berlin, 1989.
- VEHLING, K. H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt am Main, 1991.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, Berlin, 1993.
- VON DER PFORDTEN, D., «Zu den Prinzipien der Notwehr», en Amelung (ed.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2003, pp. 359 y ss.
- WALTHER, S., «Notwehr — und danach?», en Putzke (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2008, pp. 503 y ss.
- WELP, J., *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968.
- WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Berlin, 1969.
- WEBBLAU, E., «Die staatliche Pflicht zum Schutz von Verbrechenopfern und das Verbot der Folter», en Paech (ed.), *Völkerrecht statt Machtpolitik: Beiträge für Gerhard Stuby*, Hamburg, 2004, pp. 390 y ss.
- WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 46.ª ed., Heidelberg, 2016.

- WILENMANN, «Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia», en Cárdenas Aravena/Ferdman Niedmann (eds.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago de Chile, 2016, pp. 275 y ss.
- «Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa», *Polít. crim.* (10:20), 2015, pp. 622 y ss.
- *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Tübingen, 2014.
- WOHLERS, W./GAEDE, K., «§ 323c», *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, v. 3, 4.^a ed., Baden-Baden.

Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos (1)

DR. SERGIO CÁMARA ARROYO
Profesor Adjunto de Derecho penal y Criminología
UNIR

RESUMEN

En el siguiente trabajo se examina y comenta el objeto de tutela penal de los delitos recogidos en el Título XXI, Capítulo IV, Sección 2.ª, del Libro II del CP 1995, acerca de los cuales no existe una opinión pacífica respecto al bien jurídico protegido. Así, algunos autores han entendido que lo verdaderamente protegido es la libertad de conciencia, mientras que otros han barajado diferentes posibilidades como: los sentimientos religiosos de la comunidad, los sentimientos religiosos de los creyentes o la libertad religiosa en sus diferentes manifestaciones. Finalmente, otros han manifestado una posición ecléctica, entendiéndolo que el bien jurídico protegido será plural. Asimismo, se realiza una exégesis de los delitos relativos a la tutela de la libertad religiosa tipificados en nuestro ordenamiento jurídico-penal –coacciones y proselitismo ilegal, sectas destructivas, perturbación de ceremonias, escarnio y vejación, profanación, etc.–, donde se atiende a consideraciones doctrinales y jurisprudenciales desde una perspectiva crítica.

Palabras clave: *libertad religiosa, libertad de conciencia, escarnio, sectas destructivas, delitos de odio, profanación, proselitismo ilegal.*

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco de dos Proyectos de Investigación intitulados «Culturas, religiones y derechos humanos en la sociedad actual: respuestas desde los poderes públicos» (UNIR) y «protección penal de los sentimientos religiosos» (UAH). Aprovecho la publicación del mismo para agradecer encarecidamente al Prof. Dr. D. Miguel Rodríguez Blanco, Catedrático de Derecho Eclesiástico UAH y la Prof.ª Dr.ª Isabel Cano Ruiz, directores de los grupos de investigación, su amabilidad, paciencia e interés en mi trabajo.

ABSTRACT

The following paper examines and discusses the subject of criminal protection of the crimes included in Title XXI, Chapter IV, Section 2, of Book II of CP 1995, on which there is no peaceful opinion regarding the protected right. Thus, some authors have understood that what is truly protected is freedom of conscience, while others have considered different possibilities such as: the religious feelings of the community, the religious feelings of the believers, or religious freedom in their different manifestations. Finally, some authors have expressed an eclectic position, understanding that the protected legal good will be plural. Likewise, there is an exegesis of crimes related to the protection of religious freedom typified in our legal-penal system –illegal activities and proselytism, destructive sects, disruption of ceremonies, derision and vexation, desecration, etc.– where it is attended To doctrinal and jurisprudential considerations from a critical perspective.

Key words: Freedom of religion, freedom of conscience, derision, destructive sects, hate crimes, profanation, illegal proselytizing.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Bien Jurídico Protegido: Libertad de conciencia *versus* Libertad religiosa ¿Puede el Derecho penal proteger (literalmente) la conciencia?–III. Coacciones y proselitismo ilegal: Art. 522 CP.–IV. Tutela penal frente a las asociaciones ilícitas: sectas destructivas (Art. 515.3 CP) y grupos antirreligiosos (Art. 515.4 CP).–V. Perturbación de ceremonias religiosas: art. 523 CP.–VI. Tutela penal de los sentimientos religiosos: delitos de profanación (Art. 524 CP), escarnio y vejación (Art. 525 CP).–VII. *Mors ultima ratio*: tutela penal del respeto a los difuntos (Art. 526 CP).

I. INTRODUCCIÓN

El giro copernicano en el tratamiento de los delitos contra la libertad religiosa en nuestro país se produce con la nueva etapa constitucional, tras la transición del modelo propio de la dictadura a un Estado de Derecho democrático y aconfesional. Y ello en dos campos diferentes: en primer lugar, la consideración de la libertad religiosa como un derecho subjetivo más amplio, en su vertiente positiva y negativa; y, en segundo lugar, por el paso de un concepto restringido de religión, ligado a una confesión concreta, a otro en el que tienen cabida

un gran número de creencias (2). A modo de síntesis de tal transformación, Rossell Granados afirmaba que «en España, que ha sido y es un país tradicionalmente confesional, se ha evolucionado desde una posición en la que el Estado únicamente protegía a la religión católica, a la situación actual en la que el objeto de tutela va a ser la libertad de conciencia y de culto del individuo» (3). Esto tendrá una especial repercusión en el ámbito penal, pues el bien jurídico a proteger no será la religión en sí, ni se verá privilegiada ninguna confesión religiosa, sino que el objeto de tutela penal será la propia libertad religiosa y los sentimientos religiosos de los ciudadanos derivados de ella, amparados en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 5 de julio de 1980 (4), lo que engloba a todas las religiones (5).

(2) Para una exégesis de la evolución histórica de estos delitos, además de las obras que citaremos a lo largo de este estudio, *Vid.* SÁNCHEZ TEJERINA, I.: «Los delitos religiosos en España», en *Discurso de apertura del curso académico 1934-1935. Vda. Flórez, Oviedo, 1934*; LLOPIS MORET, F.: «Consideraciones sobre la blasfemia», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Núm. 2, 1946; GONZÁLEZ LLANOS, A.: «La blasfemia», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 5, 1949; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Blasfemia», en VV. AA.: *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Vol. III, 1951; TERUEL CARRALERO, D.: «El delito de blasfemia», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Fascículo III, 1951; la misma autora: «Los delitos contra la religión entre los delitos contra el Estado», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, Fascículo II, 1960, pp. 209 y 210; CUELLO CALÓN, E.: «La protección penal de la religión», en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. IX, 1954; PUIG PEÑA, F.: «Delitos contra la religión católica», en VV. AA.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VI, Seix, Barcelona, 1954; CAMAÑO ROSA, A.: «Delitos contra la libertad», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XX, Fascículo I-II, 1967, p. 58; LANDROVE DÍAZ, G.: «La libertad religiosa y la reforma de 1971», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XXV, Fascículo III, 1972; CALVO ESPIGA, A.: «El posible/imposible delito de blasfemia en una sociedad democrática», en *Scriptorium victoriense*, Vol. 36, Núm. 3-4, 1989; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La reforma del Código penal de Noviembre de 1971», en Gimbernat Ordeig, E.: *Estudios de Derecho penal*. 3.^a Ed., Tecnos, Madrid, 1990; REDONDO ANDRÉS, M. J.: «La protección penal de los ministros de culto», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Vol. 1, 1999; la misma autora: «La protección penal de la unidad católica», en *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, Vol. 2, 2000; SANTANA MOLINA, M.: *El delito de blasfemia en el Tribunal Inquisitorial de Cuenca*. Alicante, 2004; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «Constitución de 1812 y Código penal de 1822 (algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 9, 2013.

(3) Cfr. ROSSELL GRANADOS, J.: *Religión y jurisprudencia penal*. Complutense, Madrid, 1996, p. 21.

(4) *BOE* de 24 de julio de 1980.

(5) *Vid.* VILA MAYO, E.: «Los delitos contra la religión en el Derecho penal español», en VV. AA.: *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria*. Bosch, Barcelona, 1983, p. 1083.

La primera consecuencia será desligar, de una vez por todas, régimen político y religión oficial, de modo que el Estado no podrá recurrir al Derecho penal en defensa de una religión propia (6).

No obstante, en la reforma del Código penal operada en 1983, «se mantuvo un sistema de tutela muy semejante al anterior, lo que llevó a diversos autores a poner de relieve la falta de adecuación de determinados artículos a los principios constitucionales. En este sentido, se ha dicho que la mencionada reforma no satisfizo en su totalidad las exigencias sociales e incluso constitucionales en materia de religión (7), pues supuso una modificación insuficiente que no afrontó el problema directamente, reduciéndolo simplemente a una adaptación formal al texto constitucional» (8). Se mantiene esencialmente la ubicación de los preceptos y los mismos tipos penales, siendo aún discutido el bien jurídico protegido por algunos de los delitos (9).

La doctrina se encontraría, así, dividida en cuanto al objeto de tutela penal, entendiendo algunos autores que lo verdaderamente protegido era la libertad de conciencia (10), los sentimientos religiosos de la comunidad (11), los sentimientos religiosos de los creyen-

(6) Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto», en *Documentación Jurídica*, Vol. II, 1983, p. 1348.

(7) Así, por ejemplo, Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 1349.

(8) Cfr. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal del Derecho de libertad religiosa: valoración crítica de su regulación en el vigente Código penal de 1995», en VV. AA.: *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. II. Universitat de Valencia, Institut de Criminología, Valencia, 1997, p. 656.

(9) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 204.

(10) La propia rubrica en la que se ubicaban estos delitos se denominó «Delitos contra la libertad de conciencia» (Libro II, Título II, Capítulo II, Sección 3.ª); Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M.: «Protección penal de la libertad de conciencia», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Núm. 69, 1983, pp. 148 y 149; BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual de Derecho penal. Parte especial». 2.ª Ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 133; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal de la libertad religiosa», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. II, 1986 p. 48; el mismo: «El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el Código penal de 1995», en *Revista del Poder Judicial*, Núm. 52, 1999, pp. 135-173. En contra, ROSSELL GRANADOS, J.: *Religión y jurisprudencia penal...* ob. cit., p. 206; SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia. Tesis Doctoral, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 273, para quien «más bien se protege lo relativo a lo religioso, dejando a un lado lo relativo a las creencias no religiosas».

(11) Vid. LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. 3.ª Ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 236; si bien el autor lo relaciona con la libertad de conciencia.

tes (12), o la libertad religiosa (13). Otros autores han manifestado una posición ecléctica, entendiendo que el bien jurídico protegido será plural (14). Trasladaré la discusión sobre este extremo al siguiente apartado de este estudio, por entender que se encuentra lejos de haberse pacificado con la regulación actual.

En lo que respecta a la reforma de 1983 (en adelante, RCP 1983), el delito que recogía el ataque contra la religión del Estado (art. 206 CP 1973) fue completamente suprimido, así como todas las referencias a la religión católica. Los delitos que permanecerán en la sección 3.ª (arts. 205-212 CP 1983) conformarán una serie de delitos especiales impropios, que tendrán su reflejo en los tipos penales de coacciones, amenazas, injurias, e incluso lesiones (15).

Respecto a la clasificación de los tipos penales, nuevamente pueden encontrarse varias clasificaciones (16), aunque en realidad se mantiene básicamente el esquema del CP 1944 si bien desaparecen los delitos contra la religión católica, tanto como religión oficial como confesión privilegiada. Así, el art. 205 CP será el que mayores cambios presente con la reforma (17), siendo el núcleo principal de protección (18) la libertad religiosa como derecho individual (19) contra las coaccio-

(12) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. 9.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, 441; RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español*. 16.ª Ed., Dykinson, Madrid, p. 928.

(13) Vid., por todos, MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 1358.

(14) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: *Protección jurídico penal de la religión*. Universidad de Coruña, A Coruña, 1998 p. 194.

(15) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad religiosa», en Navarro Valls, R. (Dir.): *Derecho eclesiástico del Estado español*. 3.ª Ed. EUNSA, Pamplona, 1993, p. 553.

(16) Vid. DE OTADUY, J.: «La tutela penal del derecho de libertad religiosa», en Álvarez Cortina, A. C. (Dir.): *Tratado de Derecho eclesiástico*. EUNSA, Pamplona, 1994, p. 515; RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español*... 16.ª Ed., ob. cit., pp. 929 y 930; BUENO SALINAS, S.: «El ámbito del amparo del Derecho de libertad religiosa y las asociaciones», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. I, 1985, p. 198; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «El interés religioso y su tutela por el Estado», en VV. AA.: *Derecho eclesiástico del Estado español*. 2.ª Ed., Pamplona, 1983, p. 547; para un análisis sistemático, Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., pp. 210 y ss.

(17) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., pp. 210 y 211; quien expone que se trata de un artículo más restrictivo que su predecesor.

(18) Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 1358.

(19) Vid. DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 522; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», ob. cit., p. 554; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 211.

nes (20) que pudieren impedir a un miembro o miembros (21) de una confesión religiosa (22) a acudir o practicar los actos de culto que profese, forzarle a asistir a los mismos, a realizarlos o mudar de creencias (23). Para Tamarit Sumalla tal regulación sería prescindible, al entender que se estaría dando un trato privilegiado al fenómeno religioso, y pudiendo llevarse las conductas directamente al delito de coacciones o amenazas (24). Sin embargo, para Rossell Granados, «la diferencia esencial entre este artículo y los delitos de amenazas y coac-

(20) No se incluyen expresamente los medios psicológicos de captación, por lo que algunos autores han entendido que existe una importante laguna en la protección del individuo frente a las denominadas sectas destructivas que no quedaría incluida en la expresión «otro apremio ilegítimo»; *Vid.* DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, p. 557; FERNÁNDEZ-Coronado, M.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, p. 46; BUENO SALINAS, S.: «El ámbito del amparo del Derecho de libertad religiosa y as asociaciones», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. I, 1985, p. 199; TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La libertad ideológica en el Código penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989, p. 180; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...» *ob. cit.*, p. 216. En contra, LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», *ob. cit.*, p. 557.

(21) Hay una diferencia fundamental entre los dos numerales del art. 205 RCP 1983 respecto a la pluralidad de los sujetos pasivos. Así, advierte ROSSELL GRANADOS, en el caso del art. 205.2 RCP 1983, «de la redacción del texto se desprende que no parece tenerse en cuenta la posibilidad de que el sujeto pasivo del delito pueda ser múltiple, por lo que se cometería un delito por cada persona a quien se fuerce a realizar cualquiera de las conductas descritas»; *Cfr.* ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», *ob. cit.*, p. 215.

(22) Se ha discutido si solamente quedan dentro de la protección del tipo penal, como sujetos pasivos, los miembros de una confesión religiosa, esto es, los creyentes, o sí, por el contrario, la tutela penal también abarca a los no creyentes. Entienden que todos se encuentran incluidos en el tipo penal, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual...», *ob. cit.*, 134; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», *ob. cit.*, p. 212, sin embargo, después, indicará para el art. 205.1 RCP 1983 que solamente pueden ser sujetos pasivos las personas que pertenezcan a una confesión religiosa; en el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ, A.: «La reforma del Código penal de 1983», en VV. AA.: *Comentarios a la legislación penal*. Tomo V., Vol. II. Edersa, Madrid, 1985, p. 704, quien entiende que no pueden ser sujetos pasivos del delito los ateos o los que no pertenecen a ninguna confesión religiosa. Para López Alarcón también quedan dentro del precepto las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas no inscritas, siempre que no sean ilegales; *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», *ob. cit.*, p. 555. Para el caso del art. 205.2 CP 1983, se entenderá que pueden ser sujetos pasivos tanto los miembros de una confesión como los ateos o los que no profesan ninguna, *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A.: «La reforma...», *ob. cit.*, p. 705.

(23) No se incluye en el tipo penal a los que impidieren a otros realizar dichos actos o mudar de creencias; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, pp. 46 y 47. Para poder probar que efectivamente se ha mudado de religión, deberá deducirse de las conductas externas del sujeto pasivo, puesto que la fe mantenida en el fuero interno de la persona no puede ser probada; *Vid.* DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, p. 522; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», *ob. cit.*, p. 216.

(24) *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, p. 235.

ciones radica fundamentalmente en el dolo específico de atacar la libertad religiosa que ha de tener la persona que realiza la acción» (25).

Se mantiene la tipificación de los atentados contra los cultos (26) mediante las acciones de impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas (27). Además de la ya mencionada controversia acerca del bien jurídico protegido, la principal duda que suscitaba este tipo penal para la doctrina era la necesidad o no de la inscripción de las confesiones religiosas para quedar cubiertas por el tipo penal (28). En caso de que la perturbación no fuese grave, los hechos se trasladarían a la falta del art. 567.2 CP. La especificidad del tipo radica en el carácter religioso de las conductas descritas (29), siendo una variante de los delitos que atentan contra la libertad de expresión, manifestación y reunión. Tanto es así, que algunos autores, como Rossell Granados, entienden que la utilidad del artículo podría desaparecer frente a otros tipos penales (30).

Los actos de profanación (31) se entenderán como delitos contra el sentimiento religioso (32), si bien el precepto fue muy criticado por

(25) *Vid.* ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 213. Si bien, nuevamente, la interpretación literal del precepto no lleva a tal conclusión.

(26) Art. 207 CP 1983.

(27) Algunos autores han entendido que lo que verdaderamente se protege son las actividades de las confesiones religiosas como tales, no las de sus miembros en particular; *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A.: «La reforma...», ob. cit., p. 709. Para otros, la protección abarca el derecho de libertad religiosa en su vertiente colectiva, *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», ob. cit., p. 557. Para TAMARIT SUMALLA, la tutela abarca la libertad de culto de los creyentes practicantes; *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 180. Finalmente, ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 217, entenderá que «se trataría de proteger la libertad de culto como un derecho de las comunidades religiosas, en cuanto que es ejercido por sus fieles».

(28) Así, autores como López Alarcón, entendían que el tipo penal debía incluir también a las confesiones religiosas no inscritas; *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», ob. cit., p. 557. En contra, SERRANO GÓMEZ, A.: «La reforma...», ob. cit., p. 709; DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 529.

(29) *Vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 48.

(30) *Vid.* ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 219.

(31) La profanación debe ser cometida mediante hechos, no existiendo la profanación de palabra; *Vid.* DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 530. Quedan fuera del tipo todos los actos que se ejecuten en la intimidad, por entenderse que no tienen trascendencia ofensiva; *Vid.* STS, 15 de julio de 1982.

(32) *Vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 48; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», ob. cit., p. 559; DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 530; LUZÓN CUESTA, J. M.: «Compendio...», ob. cit., p. 236; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 220; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., pp. 203 y ss. La mayor parte de

mantener las expresiones «sentimientos legalmente tutelados» y «lugares y ceremonias de culto oficialmente autorizadas», que pertenecían al anterior régimen de tolerancia y no se correspondían con un sistema de plena libertad religiosa (33). Otros autores entendían, sin embargo, que fuera de los supuestos legalmente autorizados, las conductas pueden encajar con un delito de injurias (34).

En cuanto al escarnio y el ultraje de palabra o escrito (35), se suprimirá la expresión «religión católica o de confesión reconocida legalmente» y se sustituirá simplemente por «confesión religiosa». Respecto al ultraje de los dogmas, algunos autores apuntaban a la limitación del tipo penal con base en la libertad de expresión (36), si bien otros mantenían que la mera discrepancia y las opiniones contrarias no formaban parte del tipo penal (37). Lo que parece obvio, en este sentido, es que la problemática acerca del límite a la libertad de expresión y la ofensa a los sentimientos religiosos (por ejemplo, en el supuesto de las famosas «caricaturas ofensivas» (38))

la doctrina y la jurisprudencia entendieron, además, que era necesario un elemento subjetivo específico debido a la expresión utilizada por el tipo penal «en ofensa de los sentimientos religiosos»; En contra, sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA, J.: «Derecho penal español...», 16.^a Ed., ob. cit., p. 932 y QUERALT, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*. 2.^a Ed., Bosch, Barcelona, 1992, p. 896.

(33) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 221. Para Tamarit Sumalla, el delito de profanación carece de sentido en el nuevo orden constitucional aconfesional, Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 187; en el mismo sentido, SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: «El proceso de secularización...», ob. cit., p. 287.

(34) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.: «Derecho penal español...», 16.^a Ed., ob. cit., p. 932.

(35) Art. 209 RCP 1983. Sobre la diferenciación e identificación de escarnio y ultraje en la jurisprudencia, Vid. SSTS de 19 de febrero de 1982 y de 14 febrero 1984. Para que el ultraje sea punible debe realizarse con publicidad, Vid. STS de 11 de octubre de 1973. Acerca de los elementos del tipo de escarnio y ultraje, Vid. STS de 13 de octubre de 1980; y también, FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 213.

(36) Vid. VIVES ANTÓN, T. S. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*. 3.^a Ed., Tirant Lo Blanch, 1990, pp. 125 y 126; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Delitos contra...», ob. cit., p. 906.

(37) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español...* 16.^a Ed., ob. cit., p. 933; en el mismo sentido, ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 224.

(38) Al respecto, Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: a propósito de las caricaturas sobre Mahoma», en *Estudios jurídicos*, Núm. 2006, 2006; el mismo: «Los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: a propósito de las caricaturas sobre Mahoma», en FERREIRO GALGUERA, J. (Coord.): *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*. Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

comenzará con el establecimiento del orden constitucional y el pleno reconocimiento de la libertad religiosa del individuo.

El maltrato de ministros de culto (39) se extiende de forma igualitaria a todas las confesiones religiosas, siendo nuevamente el bien jurídico protegido la adecuada celebración de los actos de culto (40). Por otra parte, la mera ofensa de los sentimientos religiosos (41), subsidiaria al resto de preceptos antes expuestos, no variará en absoluto (42).

El delito de blasfemia sería también suprimido por la LO 5/1988 de 9 de junio, mientras que la falta (43), pese a las críticas de la doctrina (44), debería esperar un año más para ser expulsada del ordenamiento jurídico penal, mediante LO 3/1989, de 21 de junio.

En cuanto a la pena de inhabilitación para la enseñanza, se añade la expresión «con motivo o con ocasión de su condición de enseñantes» (45), lo cual, como indica Rosell Granados, no vendrá a variar de un modo significativo el sentido de este artículo (46).

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995 (en adelante, CP 1995) desaparecieron algunos de estos tipos penales, que no encajaban con el nuevo orden constitucional: el art. 210 CP 1973, referido a los maltratos de un ministro de culto, puesto que equiparaba su posición a la de las figuras revestidas de autoridad o función pública, lo que suponía una violación de los principios de igualdad y pluralismo (47); el

(39) Art. 210 RCP 1983.

(40) Opción que considero la más correcta, *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A.: «La reforma...», *ob. cit.*, pp. 716 y 717. En contra, VIVES ANTÓN, apunta a que el objeto de tutela penal es la dignidad de los ministros de culto, *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S. (Dir.): «Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 126; en el mismo sentido, LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», *ob. cit.*, p. 561; QUERALT, J. J.: «Derecho penal español...», *ob. cit.*, p. 897. Finalmente, FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, p. 50, entendía que el bien jurídico protegido es la propia confesión religiosa.

(41) Art. 211 RCP 1983.

(42) Si bien existieron nuevas inserciones a la interpretación de algunos de sus elementos, *Vid.* ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», *ob. cit.*, pp. 229 y 230.

(43) Art. 567.1 RCP 1983.

(44) *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, p. 186; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Aconfesionalidad del Estado y Derecho penal», en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*. Tomo II, Edersa, Madrid, 1983, pp. 175 y 176; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», *ob. cit.*, pp. 233 y 239. Defendiendo, sin embargo, la tipificación del delito de blasfemia, *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: «La tutela...», *ob. cit.*, p. 563.

(45) Art. 212 RCP 1983.

(46) *Vid.* ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», *ob. cit.*, p. 230.

(47) En contra, RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», *ob. cit.*, p. 661. La autora citada, siguiendo a Vives Antón (Derecho penal. Parte especial, p. 127), consideraba que «el bien jurídico protegido en este delito no era el ministro de culto en

art. 211 CP 1973, tipo penal residual contra los sentimientos religiosos, en lugar destinado a culto; y el art. 212 CP 1973, que suponía una agravante por la condición de enseñante del sujeto autor del delito.

Los tipos penales que se ocupan de los principales atentados contra el bien jurídico libertad religiosa se encuentran fundamentalmente contenidos en el Título XXI, relativo a los «*Delitos contra la Constitución*»; en concreto, en el Capítulo IV, Sección 2.^a, del Libro II del CP 1995. Tal y como apunta Ferreiro Galguera, en lo referente a delitos contra la libertad de conciencia, el CP 1995 es un calco del Proyecto de 1992, si bien algunos de los delitos relativos al hecho religioso sobrevivirían por pura inercia (48).

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LIBERTAD DE CONCIENCIA *VERSUS* LIBERTAD RELIGIOSA ¿PUEDE EL DERECHO PENAL PROTEGER (LITERALMENTE) LA CONCIENCIA?

El propio título de la Sección 2.^a –*De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos*– ha sido puesto en tela de juicio desde los principios de intervención mínima y laicidad del Estado (49). Más aún, algunos autores han tachado la rúbrica de impropia, puesto que no se corresponde con los bienes jurídicos tutelados, ni con el alcance de lo protegido (50), no siendo precisamente la «libertad de conciencia» (51) lo realmente

sí, sino el sentimiento religioso que representa, cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones. (...) En este caso, no se trata de privilegiar a determinados sujetos, sino más bien completar el delito sobre las ofensas a los sentimientos religiosos, representados en la figura de los ministros de culto, sobre todo si se tiene en cuenta que para que se diera el tipo delictivo, éste debía estar cumpliendo funciones religiosas». En mi opinión es innecesario sobredimensionar la protección de penal de los ministros de culto amparándose en esta argumentación. La razón es bien simple, el bien jurídico protegido libertad religiosa lo es para todos los ciudadanos, incluidos los propios ministros de culto. Atendiendo al principio de proporcionalidad y, sobre todo, estimando que, para que concuerrera esta clase de delitos debería atentarse efectivamente contra el sentimiento religioso, encontrándose el ministro en el ejercicio de sus funciones, o siendo los motivos de la agresión el menoscabo a su posición como tal, en realidad sería de aplicación el tipo penal genérico. De otro modo, haríamos depender la aplicación de estos tipos penales de la percepción subjetiva de terceros, que verían ofendido su sentimiento religioso.

(48) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 243.

(49) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 154; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 656.

(50) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit.; MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra la libertad...», ob. cit., p. 1351.

(51) Que proviene, como ya hemos visto, de la reforma de 1983, aunque tiene sus antecedentes en el Código penal de 1932; Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: *El derecho a*

defendido por los delitos contenidos en ella (52). Lo mismo podría decirse de su lugar sistemático dentro del Código penal (53), que siempre ha estado en tela de juicio (54).

El primer obstáculo se encuentra en la ausencia del término «libertad religiosa» en la propia rúbrica, siendo este sustituido por una mezcla de *hipotéticos* bienes jurídicos: *libertad de conciencia*, *sentimientos religiosos* y *respeto a los difuntos*. A pesar de ello, algunos autores han puesto de manifiesto que la aconfesionalidad del Estado español no impide la tutela penal de la libertad religiosa, en tanto libertad del ciudadano contemplada por nuestro texto constitucional (art. 16 CE), respecto de la que debe entenderse un compromiso por parte de los poderes públicos de promoción que dan lugar a deberes de tutela (55). Se introduce, de esta manera, una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva (56) en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien parece quedar claro, sin perjuicio del estudio de las tesis despenalizadoras, que el derecho a la libertad religiosa puede recibir

la formación de la conciencia y su tutela penal. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 251 y nota al pie 15. En un principio, se incluyó esta denominación para subrayar la protección tanto de las creencias religiosas, como las de otro signo; Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 153; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos con la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en Quintero Olivares, G. y Valle Muñiz, J. M.: *Comentarios al nuevo Código penal*, p. 2102.

(52) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*. Eunsa, Pamplona, 1995, 157. Por ejemplo, Ramos Vázquez elimina de un plumazo este bien jurídico protegido, indicando junto con Carbonell y Vives, que «puede decirse que en los artículos 522 y 523 se tutela la libertad religiosa y de cultos (no la de conciencia, por razones, por lo demás, obvias), en el artículo 524 el sentimiento religioso, en el 525 el sentimiento y las creencias religiosas y en el 526 el respeto a los difuntos»; Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Delitos contra la Constitución: aspectos destacados del título XXI del Código Penal de 1995», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Núm. 10, 2006, p. 905.

(53) Así, por ejemplo, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, M.: «Manual...», ob. cit., p. 132.

(54) No obstante, la nueva ubicación dentro de los delitos contra la constitución parece mucho más acertada que la anterior sistemática; Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI): Delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*. 2.^a Ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 1069.

(55) Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., pp. 658 y 659; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad religiosa», en Ferrer Ortiz, J. (Coord.): *Derecho eclesiástico del Estado español*. 6.^a Ed. (primera reimpression), Eunsa, Pamplona, 2010, p. 116.

(56) Vid. RODRÍGUEZ BLANCO, M.: *Derecho y Religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado*. Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 78. Sobre esta cuestión, también se ha considerado al factor religioso como un valor positivo en cuanto a tutela penal en el CP 1995, Vid., por todos, FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 243.

una protección por parte de los poderes públicos (57), como ya se ha expuesto *supra*, la doctrina penal no ha logrado un consenso acerca del bien jurídico protegido en los delitos contenidos en la mencionada Sección. Por ello, se impone antes de continuar realizar algunas reflexiones acerca del alcance y significado del propio título de la Sección, y ello conforme a la doctrina eclesiasticista, la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional y las posiciones de nuestros penalistas, con el objetivo de clarificar cuál será el cometido principal de protección jurídico penal.

La libertad religiosa, como derecho fundamental, puede considerarse un bien jurídico multifacético. Por ello, es muy probable que cada uno de los tipos penales que se encuentran recogidos en el Código penal proteja, en realidad, una de las garantías derivadas del derecho a la libertad religiosa del individuo (58). Así, explica con claridad meridiana Rodríguez Blanco, «en las clasificaciones de los derechos fundamentales la libertad religiosa aparece incluida generalmente en el conjunto de los derechos de libertad que protegen un ámbito de autonomía del individuo frente a los poderes públicos. En este sentido, ampara una inmunidad de coacción de la persona» más, por otra parte, «el derecho de libertad religiosa no sólo protege un espacio de autodeterminación del individuo frente a los poderes públicos o frente a terceros, sino que consta también de una dimensión de *agere licere* que faculta a la persona a manifestar sus creencias, a mantenerlas frente a terceros y a comportarse, en público y en privado, de acuerdo con ellas» (59).

De este modo, el derecho a la libertad religiosa tendría una doble dimensión, interna y externa, conforme a lo dispuesto en las declara-

(57) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en VV. AA.: *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 2289; quien, además, apunta que la protección penal de la libertad de conciencia y de los sentimientos religiosos parece vinculada a dos principios de interés sociológico y jurídico: el primero gira en torno al debate social entre las religiones mayoritarias; mientras que el segundo se ubica en la transición de la respuesta confesional a dichos delitos a una concepción laica de los mismos.

(58) Así lo ha mantenido nuestro TC que, en su Sentencia de 8 de abril de 1981, que nombra expresamente las manifestaciones relativas a la libertad de culto y a los sentimientos religiosos. Al respecto, advierte Pérez-Madrid, «no podemos confundir hablar de pluralidad de bienes jurídicos con la diversificación que suele hacerse de la libertad religiosa cuando se admite ésta como bien jurídico protegido»; Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 168.

(59) Cfr. RODRÍGUEZ BLANCO, M.: «Derecho y Religión...», ob. cit., p. 75. En similares términos, Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2293.

ciones supranacionales de derechos humanos (60) y nuestro propio Tribunal Constitucional (61). Además de ello, la libertad religiosa también se encuentra revestida de una dimensión prestacional (62), entendida como una actitud positiva respecto al ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas (63). Se reconoce, de este modo, el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto tanto a los individuos como a las comunidades (64). Conjuntamente con este entendimiento de la libertad religiosa, también sería conveniente formular el de igualdad religiosa (65), fundamental en el ámbito jurídico-penal una vez superada la fase de mera tolerancia de las confesiones disidentes de la religión católica.

Uno de los principales escollos es, sin embargo, establecer diferencias entre los conceptos de *libertad de conciencia* –verdaderamente, la única nombrada la rúbrica de la Sección–, *libertad ideológica* y *libertad religiosa*, de modo que pueda delimitarse el alcance de la protección penal. Así, algunos autores han puesto de manifiesto que la libertad de conciencia significaría tanto libertad ideológica como religiosa que, de esta manera, no tienen dos contenidos distintos, sino que, en realidad, se tratan de un único derecho (66) que puede ejercitarse tanto a partir de convicciones religiosas como de convicciones ideológicas. Para esta corriente de pensamiento, no podría reducirse la libertad ideológica exclusivamente al ateísmo, puesto que en los derechos fundamentales queda-

(60) Vid. art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(61) Vid. SSTC 24/1982, de 13 de mayo; 19/1985, de 13 de febrero; 120/1990, de 27 de junio; 17/1990, de 19 de julio; 166/1996, de 28 de octubre; 177/1996, de 11 de noviembre; y 46/2001, de 15 de febrero.

(62) Vid. RODRÍGUEZ BLANCO, M.: «Derecho y Religión...», ob. cit., p. 78.

(63) Vid. STC 46/2001, de 15 de febrero.

(64) Vid. RODRÍGUEZ BLANCO, M.: «Derecho y Religión...», ob. cit., p. 78 y 79; el autor continúa explicando que «la Constitución, por tanto, considera a los grupos de naturaleza religiosa como auténticos titulares del derecho fundamental, sin que puedan reducirse a una mera agregación de sujetos sin atribuciones jurídicas, o a un simple cauce de expresión de las creencias religiosas individuales».

(65) Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: *Derecho eclesiástico español*. 6.ª Ed., Thomson, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, p. 129.

(66) Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Madrid, 1991, p. 14; SOUTO, J. A.: *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*. Madrid, 1992, pp. 9 y ss.; esta es la postura defendida entre los estudios penales por TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La libertad ideológica...* ob. cit., p. 41.

rían incluidas tanto las actitudes positivas como negativas (67). Para otros, el contenido de la libertad ideológica es análogo al de la libertad religiosa en lo que respecta a la protección de *agere licere*, mientras que son diferentes en el aspecto positivo de promoción. Aquello que tienen en común la libertad ideológica y la libertad religiosa quedaría contenido en la libertad de conciencia (68). Por último, hay quien ha considerado la libertad de conciencia como fundamento de la libertad ideológica y religiosa (69).

Otros autores, entre los que tomo como máximo representante a Hervada (70), sin embargo entienden que existe una diferenciación entre libertad religiosa, libertad de conciencia y libertad ideológica que se encontraría en el objeto: la libertad de pensamiento se referiría al conocimiento o la relación con la verdad; la libertad religiosa al acto de adhesión al credo religioso; y la libertad de conciencia a las decisiones adoptadas de acuerdo con el juicio de conciencia (71). De lo que se deduce, como expone Pérez del Valle, que «según esta contundente distinción, las decisiones estrictamente morales sólo pueden ser protegidas constitucionalmente por la libertad de conciencia, y esta no aparece expresamente reconocida en el art. 16 de la Constitución» (72), si bien ésta se entiende incluida en aquél (73). Para el autor citado, «queda fuera de toda duda, al menos, de que cabe la posibilidad de que el Derecho actúe eficazmente a favor de la conciencia personal de los individuos en tanto consiste en la emisión de juicios morales. (...) Los juicios de la conciencia afectan a comportamientos externos y, por tanto, a conductas reguladas en ocasiones por el Derecho penal. (...) La tradicional libertad de conciencia liberal se entiende, en el ordenamiento constitucional español, (...) como un derecho de adecuar el comportamiento externo a las exigencias de los

(67) Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: «Derecho eclesiástico...», ob. cit., pp. 133 y 134.

(68) Vid. IBÁN, I. C., PRIETO SANCHÍS, L. y MOTILLA, A.: *Manual de Derecho eclesiástico*. Trotta, Madrid, 2004, p. 59.

(69) Vid. PECES-BARBA, G.: *Derechos fundamentales*. Madrid, 1983, p. 98.

(70) Vid. HERVADA, J.: «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica», en *Persona y Derecho*, 1984, pp. 36, 40 y 46.

(71) Sigue el planteamiento de Hervada para definir el bien jurídico protegido en los delitos aquí analizados PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., pp. 106, 119, 122.

(72) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C.: *Conciencia y Derecho penal*. Comares, Granada, 1994, p. 38.

(73) Vid. STC 19/1985 de 13 de febrero. Al respecto, Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 25. Y tiene un amplio reconocimiento a nivel internacional, al respecto, Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2291.

propios juicios de conciencia. (...) Por tanto, existe una coincidencia en la materia, de modo que juicios de conciencia que inicialmente estarían reconocidos como manifestaciones de un derecho fundamental, pueden en su expresión como conducta externa, infringir normas penales» (74).

Para Viladrich, la libertad de conciencia es el derecho de todo ciudadano a poseer su propio juicio moral como acto personal de conciencia, y adecuar su comportamiento y realizar su vida según el personal juicio de moralidad (75). La libertad religiosa e ideológica tendrían, en opinión del autor citado, una raíz común, pero objetos diferentes (76). Para Pérez-Madrid, la vertiente práctica de las libertades de pensamiento y religiosa no se limita a lo moral, pues «la conciencia no es un ideario moral sino la aplicación de la regla objetiva al caso concreto» (77). Por su parte, el TC se ha pronunciado sobre el alcance de la libertad de conciencia, indicando que la misma «supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma» siendo, en realidad, «una concreción de la libertad ideológica» (78).

Jordán y Villacampa indica que en el art. 16 CE se hace exclusivamente referencia a la libertad ideológica, religiosa y de culto y la LOLR a la libertad religiosa y de culto, añadiendo que «si nuestra intuición es certera, las libertades que forman la tríada trascendente, como expondré más adelante, son, no obstante, la libertad de pensamiento, la libertad ideológica y la libertad de religión. Las tres participan de la misma naturaleza generando una realidad que es trina y que no se deja reducir a la unidad. Tienen una conexión íntima y aparente. La libertad de conciencia aparecería como un cuarto elemento en el que cristalizar las otras libertades» (79). Tratando de clarificar el papel que juega cada uno de los conceptos, la autora citada define el papel de la libertad de conciencia como un filtro a través del cual pueden desarrollarse las tres libertades fundamentales antes citadas: «En esta esfera de la trinidad nos movemos en la esfera de la trascendencia, en la superficie superior de la psique, pero si añadimos un cuarto ele-

(74) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C.: «Conciencia...», ob. cit., p. 41.

(75) Vid. VILADRICH, P. J.: «Ateísmo y libertad religiosa en la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Público*, núm. 90, 1983, p. 84.

(76) Vid. VILADRICH, P. J.: «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en VV. AA., *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 1.ª Ed. Aranzadi, Pamplona, 1980, p. 241.

(77) Cfr. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit.

(78) Cfr. STC 15/1982, de 23 de abril.

(79) Cfr. JORDÁN Y VILLACAMPA, M. L.: «El derecho de libertad religiosa en la doctrina española», en *Ius canonicum*, Vol. 33, Núm. 65, 1993, p. 51.

mento –la conciencia–, nos moveríamos en el plano de los cuatro elementos en la esfera de los procesos, en la esfera de la acción y del cambio. El pensamiento es el crisol cristalizador e integrador de la ideología y de la religión, es el centro de la conciencia individual; activa los potenciales de la persona y le induce a utilizar sus recursos. En este sentido el pensamiento sería el principio integrador en lo colectivo. En la conciencia se entretajan las experiencias mentales y emocionales que dan lugar a las impresiones produciéndose la limitación de lo individual frente a lo colectivo.

Las interacciones de estos tres elementos, pensamiento, ideología y religión, generan los distintos grados de conciencia. En la conciencia cristalizan todos los cambios de la trinidad, pensamiento, ideología y religión. La conciencia es el filtro por el que se accede a los mencionados niveles superiores, a la tríada superior. Es la fuerza que impulsa hacia la unidad y la armonía entre los seres humanos. La conciencia es una esfera de cristalización.

El despliegue exterior de los ideales internos insertos en los niveles superiores permitiría avanzar hacia la creatividad pura del espíritu.

La armonía a la que aludíamos anteriormente supone, sin embargo, un ideal que por el momento no se ha hecho realidad en el mundo actual, el cual se nos manifiesta lleno de limitaciones individuales y colectivas» (80).

Ciertamente, parece complicado no establecer, al menos, una fuerte conexión (81) entre las tres dimensiones –conciencia, ideología y religiosidad–. Si bien algunos autores han rechazado que tal conexión se establezca mediante una relación género/especie (82), siendo la libertad

(80) Cfr. JORDÁN Y VILLACAMPA, M. L.: «El derecho de libertad religiosa...», ob. cit., p. 59.

(81) De hecho, han sido tratadas de forma relacional en los textos internacionales; Vid. LOMBARDÍA, P. y FORNÉS, J.: «El Derecho eclesiástico», en Ferrer Ortiz, J. (Coord.): *Derecho eclesiástico del Estado español*. 6.ª Ed. (primera reimpresión), Euns, Pamplona, 2010, pp. 49 y 50.

(82) Vid. LOMBARDÍA, P. y FORNÉS, J.: «El Derecho eclesiástico...», ob. cit., p. 50. Según expone PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 107, «la diferencia fundamental entre la libertad de pensamiento y la libertad religiosa no está tanto en la naturaleza de las creencias que sean o no profanas, sino en la relación vital que caracteriza a la libertad religiosa como objeto de protección. Por tanto, no puede establecerse una relación de género y especie entre ellas, ya que el rasgo especializador de cada una no admite relación de especialidad». Sobre esta cuestión, véase también la p. 119 de la misma autora y obra. Distinta opinión es la de Llamazares quien afirma que afirmar que la libertad religiosa es libertad ideológica cualificada. Y que «libertad de conciencia significa tanto libertad ideológica como libertad religiosa»; «libertad ideológica y libertad religiosa, no son dos especies el mismo género, libertad de conciencia. Más bien, la una es subespecie de la otra»; resultando, por tanto, que «la regulación del derecho de libertad ideológica será el Derecho común y la del

ideológica el marco amplio en el que se encuentra la libertad religiosa, lo cierto es que la interpretación literal de «ideología», nos remite tanto a cuestiones filosóficas y conjunto de ideas que caracteriza el pensamiento de una persona o colectividad, como al conjunto de creencias religiosas (83). Más problemático es incluir dentro de la libertad ideológica a la libertad de conciencia, puesto que esta quedaría definida como un conocimiento interior del bien y del mal o de las cosas, incluida la auto-comprensión del ser, por lo que tendría fuertes connotaciones morales de carácter eminentemente personal (84). En este sentido, para Viladrich y Ferrer, el libre juicio de moralidad acerca de las acciones y la actuación en consonancia con esa moralidad, en suma, la toma de postura ética es el valor protegido en el derecho de libertad de las conciencias o libertad de creencia. Por su parte, el objeto del derecho de libertad religiosa es, en realidad, doble: la libertad del acto de fe, de un lado, y la libertad de culto o práctica religiosa, de otro (85).

De este modo, si entendemos que la libertad de conciencia se refiere tan sólo al fuero interno de la persona, su ámbito de protección quedaría fuera de los límites del Derecho penal, pues éste solamente afecta a los comportamientos externos (86) derivados —o no— de la misma.

Sea como fuere, parece claro que ninguna de las anteriores definiciones que se aplican al concepto de libertad de conciencia encuentra después su reflejo exacto en los tipos penales contenidos en la Sección. En este sentido, el Título de la rúbrica aparece como meramente orientativo (87) en lo que respecta al significado de libertad de conciencia, incluso incongruente con los delitos que contiene (88). No siendo la primera vez que el encabezado de un título, capítulo o sec-

derecho de libertad religiosa el Derecho especial»; Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Madrid, 1991, p. 16.

(83) *Vid.* Diccionario de la RAE, 23.^a Ed. Voz «ideología».

(84) *Vid.* Diccionario de la RAE, 23.^a Ed. Voz «conciencia».

(85) *Vid.* VILADRICH, P. J. y FERRER ORTIZ, J.: «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en VV. AA: *Derecho eclesiástico del Estado español*. Aranzadi, Pamplona 1996, pp. 144 y 145.

(86) *Vid.* PÉREZ DEL VALLE, C.: *Conciencia...* ob. cit., p. 33; TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 156.

(87) *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El Derecho a la formación...», ob. cit., p. 267, quien expone que «a pesar de que la rúbrica de la Sección segunda citada contiene la expresión De los delitos contra la libertad de conciencia, ninguno de los artículos incluidos en la misma menciona expresamente esta libertad. Asimismo, tampoco se halla entre los tipos regulados en dicha Sección ninguno que se refiera exclusivamente al derecho a la formación de la conciencia». Sin embargo, en lo que discrepo con el autor citado es en que «cabe encontrar en el Código una tutela de este derecho, aunque ciertamente parcial y técnicamente defectuosa».

(88) *Vid.* GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: «Derecho eclesiástico...», ob. cit., p. 279.

ción de nuestro Código penal contiene categoría genéricas e, incluso, yerra en la definición de algunos conceptos (89), habrá que buscar siempre el bien jurídico tutelado en los propios tipos penales. Ya indica al respecto, con gran elocuencia, García Valdés que «ni aun el *nomen iuris* continente de los Títulos, Capítulos o Secciones de los textos punitivos indican nada frente a la narración de los delitos o faltas, contenida en los correspondientes preceptos ordinales» (90). Y es que, el verdadero bien jurídico protegido por los tipos penales que se analizan en los siguientes epígrafes no es, ni puede llegar a ser en mi opinión, la libertad de conciencia.

En efecto, el derecho a la libertad de conciencia, aun siendo reconocido como un derecho fundamental en la interpretación constitucional y teniendo una trascendencia en los actos externos del individuo, no puede conformar un bien jurídico protegible por el Derecho penal al constituir el sistema moral individual de cada persona. En este sentido, la conciencia queda completamente oculta al ordenamiento jurídico penal (91) en su dimensión positiva (92), esto es, como objeto de

(89) Es el caso, en mi humilde opinión, de conceptos tales como «indemnidad sexual» e «integridad moral», que considero impropios y que, a mi juicio, deben redirigirse a términos más concretos como «libertad sexual en su dimensión pasiva o negativa» y «dignidad de la persona».

(90) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «Principios de teoría del delito», en *Anuario de la Facultad de Derecho UAH*, Vol. IV, 1994-1995, p. 20.

(91) Tal ha sido la posición mantenida la mayor parte de la doctrina española, derivada de la obra de PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho político*. Civitas, Madrid, 1976. Así, se negaría cualquier relevancia jurídica al proceso de formación de la conciencia y que la misma solamente podría ser aceptada por el Derecho cuando se refleje externamente, careciendo de otro significado en el mundo del Derecho; Vid. MOTILLA DE LA CALLE, A.: «Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo», en VV. AA.: *Libertad y Derecho fundamental de la libertad religiosa*. EDERSA, Madrid, 1989, p. 195; y también, PRIETO SANCHÍS, L.: «El Derecho fundamental de la libertad religiosa», en Ibán, I. C., Prieto Sanchís, L. y Motilla, A.: *Curso de Derecho eclesiástico*. Universidad Complutense, Madrid, 1990 (existe otra edición actualizada publicada por Trotta, 2004), p. 329. En el texto, como se verá, voy más allá de lo interpretado por estos autores, ya que niego incluso la protección penal de la conciencia exteriorizada mediante actos, puesto que entiendo que, en realidad, lo máximo a lo que puede aspirar un Derecho penal ilustrado es a garantizar la libre voluntad del individuo. Si ésta es o no acorde con su conciencia, no es algo relevante para el Derecho penal, de tal modo que no se tutelan las afrentas contra valores morales, sino los atentados contra la libre voluntad del individuo.

(92) En este sentido, Pérez del Valle ha concluido que «no es admisible el reconocimiento de eficacia irradiante de derecho de libertad de conciencia en el ámbito de la tipicidad (...) la influencia de la libertad de conciencia en la tipicidad debe reducirse a su utilización como un criterio interpretativo en el ámbito de la imputación objetiva, en lo que se denomina situaciones de autopuesta en peligro o consentimiento en el riesgo»; Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C.: «Conciencia...», ob. cit., p. 304.

tutela. El ordenamiento punitivo moderno no puede, en definitiva, tutelar un sistema de valores morales subjetivo. El Derecho penal no debe confundirse con la moralidad (93). Ésta se encuentra fuera de sus límites. Por supuesto, tal interpretación pasa por admitir que me refiero a la interpretación literal y estricta del concepto «conciencia».

La moral y los sistemas de valores morales no configuran ilícitos penales, pues pueden existir acciones consideradas por un sector mayoritario de la población como inmorales pero no por ello reputarse como delictivas. Por otra parte, la moral tampoco puede ser protegida por el legislador penal, por cuanto no existe referente alguno sobre el verdadero sistema de valores morales interno de cada individuo. La moral no es fuente del Derecho penal, ni tampoco bien jurídico protegible por él. Ni siquiera, a mi juicio, puede admitirse aquí el concepto abstracto de «moral pública» como equivalente al de orden público como objeto de protección del Derecho penal (94). Tampoco los supuestos delitos contra la libertad de conciencia se encuentran dentro del Título XXII del Código penal, relativo al orden público, sino dentro de los delitos contra la Constitución relativos al ejercicio

(93) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «Principios...», ob. cit., p. 10; cuestión diferente es que el Derecho penal pueda contribuir a afianzar un determinado sistema normativo moral en la ciudadanía o que ejerza una motivación al respecto. En contra, Bueno Arús siempre defendió una interrelación entre Derecho penal y Moral en este sentido, es decir, el de la Ética social; Vid. BUENOS ARÚS, F.: *Nociones de Prevención del Delito y Tratamiento*. Dykinson, Madrid, 2008, p. 27 y nota al pie 2. Sobre las relaciones y diferencias entre el Derecho y la Moral, Vid. MONTORO BALLESTEROS, A.: *Derecho y Moral*. Universidad de Murcia, 1993. Aunque, en efecto, el Derecho penal puede ayudar a afianzar determinados usos y costumbres sociales o motivar a que los ciudadanos consideren obligatorio «en conciencia» su cumplimiento, no deberían estar contruidos sobre la base de un planteamiento moral unívoco ni tampoco protegerlo o blindarlo frente a otros posibles. Los criterios técnicos se imponen a los criterios morales en Derecho penal y de ahí que la expresión no niegue la interrelación de los conceptos, sino que advierta la necesidad de separación. Lo que puede resultar más importante es el papel de la moral como sistema normativo subjetivo en materia de prevención del delito, cuestión que comienza a estudiarse en el ámbito de la Criminología con cada vez mayor interés.

(94) Sin embargo, ya existen importantes trabajos que traen a colación estas cuestiones, advirtiendo que nos acercamos progresivamente a esta situación, es decir, la «criminalización de conductas ofensivas, de comportamientos que no resultando a priori lesivos ni peligrosos para intereses reconocidos como esenciales en el Estado, sí afectan a la sensibilidad social y son contrarios a convicciones morales mayoritarias», al estilo anglosajón; Cfr. MIRÓ LLINARES, F.: «La criminalización de conductas «ofensivas». A propósito del debate anglosajón sobre los «límites morales» del Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 17-23, 2015, p. 7; el mismo: «Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart», en VV. AA.: *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 333-360.

de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Tal y como ha expuesto Terradillos Basoco, el bien jurídico protegido por los delitos de la rúbrica estudiada «no puede estar constituido por la libertad de conciencia, en el sentido estricto del término. Sería un empeño demasiado ambicioso para el derecho punitivo el de amparar la libertad de valoración del propio comportamiento» (95).

En el actual Estado democrático de Derecho no hay una conciencia definida para todos los ciudadanos; más aún, la libertad de conciencia no podrá ser ejercida a nivel colectivo (96), ni existen tampoco unas pautas absolutas y determinantes en nuestro orden social para conformar, a nivel individual, un sistema moral (97).

Ciertamente, cada individuo actuará conforme a su sistema de valores morales interno, existiendo una proyección externa de su libertad de conciencia; sin embargo, en última instancia, la posible divergencia entre conciencia, formación de la personalidad (98) y actuación, entre ética individual y voluntad o comportamiento externo (99), hacen imposible que el Derecho penal pueda fijar como bien jurídico protegido tal conciencia subjetiva. Si el sujeto pasivo tiene uno u otro sistema de valores morales y si alguna acción u omisión es atentatoria contra el mismo, es una cuestión que sólo él mismo puede conocer.

Al respecto, como ha expresado con bastante claridad González del Valle, «la conducta atentatoria de la libertad de conciencia más

(95) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 156.

(96) Como indica Pérez-Madrid, sólo podría entenderse como conciencia colectiva los criterios morales coincidentes en muchos, pero hablar de conciencia colectiva es algo impropio y equívoco; Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 120.

(97) En este sentido, como ha expuesto Martín Sánchez, «no parece factible la promulgación de unas leyes, cuyo contenido pueda ser observado por todos sin violentar su conciencia»; Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 72.

(98) Entiendo personalidad desde un significado neutral, como lo que hace único a cada sujeto, una diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, el conjunto de características o cualidades originales del sujeto; Vid. Diccionario de la RAE. 23.^a Ed. Voz «personalidad». Ciertamente, dentro de la personalidad también puede integrarse la libertad de conciencia del individuo pero, en principio, el término personalidad recoge «cualidades» o «características», como pueden ser las actitudes del sujeto o sus gustos propios, y no el «sistema moral» del sujeto, que corresponde a su conciencia. Por otra parte, indica Martín Sánchez que el libre desarrollo de la personalidad requiere la existencia de la libertad como valor superior y omnicompreensivo, en el que se incluye también la libertad de conciencia; Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 77 y 141. Sin embargo, un sujeto puede llegar a actuar conforme a sus cualidades y características singulares y en contra de su conciencia, simplemente porque le resulta conveniente. No se comparte, por tanto, la identidad de estos dos conceptos.

(99) En definitiva, voluntad entendida como libre determinación o facultad de ordenar la propia conducta (Vid. Diccionario RAE. 23.^a Ed., Voz «Voluntad»).

típica es la manipulación de la conciencia que se da en ciertas formas de proselitismo» (100). Sin embargo, ni siquiera tal posible afrenta es abarcable por el Derecho penal, puesto que éste nunca podrá saber con certeza si efectivamente el sistema de valores morales de un sujeto ha sido modificado por una coerción psicológica o un adoctrinamiento moral. Lo único que podrá proteger el ordenamiento jurídico penal es la facultad de elección del individuo, su libre voluntad, sea o no concordante con su sistema de valores morales –ciertamente, no tiene por qué serlo–. Contrariamente, el Derecho penal puede atender a los comportamientos derivados de la conciencia del individuo desde una vertiente negativa, esto es, como generadores de conflicto con la norma y a su estudio como posible –aunque improbable (101)– causa de justificación o inexigibilidad (102).

(100) Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: «Derecho eclesiástico...», ob. cit., p. 279. Otros autores niegan la posibilidad de existencia de medios de ataque contra el libre desarrollo de la conciencia, Vid. MOTILLA, A.: *Sectas y Derecho en España. Un estudio en torno a la posición de los nuevos movimientos religiosos en el ordenamiento jurídico*. Editorial de Derecho, 1990, p. 177. En contra, Martín Sánchez, señala que «resulta evidente la existencia de diversos métodos atentatorios, contra la capacidad de formación de la voluntad y de sofisticadas técnicas de alteración de la libertad de decisión personal, las cuales como ha señalado el Tribunal Constitucional, al privar al sujeto del control de sus facultades intelectuales y de su conciencia, son incompatibles con la autonomía personal y con la reserva de un espacio psíquico propio de la persona, al que resulta ilícito renunciar»; Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 140. En mi opinión, el Tribunal Constitucional realiza una arriesgada analogía entre formación de la voluntad, alteración de la libertad de decisión personal, facultades intelectuales y conciencia. No comparto, como trataré de explicar en texto, tal equivalencia o relación absoluta entre esos conceptos.

(101) Al respecto, admite Luzón Peña que «hay que reconocer que fácticamente ese conflicto de conciencia extremo, subjetivamente insoportable, es mucho más fácil que se produzca si se comete la conducta delictiva por un conflicto de conciencia religiosa que sólo por razones de conciencia ética sin motivación religiosa; pues en este segundo caso será más infrecuente que las razones de conciencia ética para oponerse a la norma jurídica le creen al sujeto, no ya una presión (que desde luego disminuirá la posibilidad normal de determinación por la norma), sino un conflicto de conciencia absoluto y psíquicamente insoportable, mientras si es la convicción religiosa la que le impone al sujeto un gravísimo deber moral de conciencia, entonces se le produce al sujeto una colisión insuperable con el deber jurídico contrapuesto que no admite lo que le ordena el deber religioso, por lo que, si cumpliera el deber jurídico estaría desobedeciendo un mandato moral-religioso para él mucho más importante y prevalente y pecando gravemente, pudiendo incluso condenarse»; Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M.: «Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción», en *InDret*, núm. 1/2013, pp. 11 y 12.

(102) Al respecto, Vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: «Actuación en conciencia...», ob. cit., p. 4; quien define en los siguientes términos esta cuestión: «El art. 16.1 CE reconoce como derecho fundamental y «garantiza la libertad ideológica, religiosa y de

Y ello con importantes salvedades. Sobre esta cuestión, me remito nuevamente a la obra de Pérez del Valle, cuyas conclusiones arrojan abundante luz a esta oscura relación entre Derecho penal y libertad de conciencia: «el ejercicio de un derecho fundamental, si conlleva la lesión de derechos individuales de otros sujetos o de intereses preferentes de la comunidad, únicamente puede comportar la justificación de comportamientos típicos si, en términos de ponderación, se puede sostener que dicho ejercicio tiene lo que se ha denominado en el trabajo preferencia institucional. Así, sólo si después de una ponderación de los intereses infringidos en la que se tenga en cuenta la posición institucional del derecho ejercido y del interés lesionado cabe afirmar que existía preferencia por el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, se podrá sostener la justificación. Esto, evidentemente, sólo ocurrirá en casos excepcionales, y no supone de ninguna forma un efecto irradiante *per se* del derecho a la libertad de conciencia, sino una ponderación en términos jurídico-constitucionales. De este modo, el derecho a la libertad de conciencia no autoriza tampoco como tal acciones u omisiones lesivas del orden jurídico, lo que implica que su efecto irradiante no determine la desaparición de lo ilícito. (...) Acepto con matices, sin embargo, las posiciones que admiten que la inexistencia es la fundamentación posible de una solución para estos supuestos. No obstante, creo que la exclusión de la pena, o en su caso la disminución, no proviene la atribución instantánea de relevancia en el orden jurídico a cualquier idea individual, sino sólo a convicciones de deberes morales partiendo de la libertad de conciencia, como derecho fundamental que asegura el respeto a las decisiones individuales confrontadas con las normas éticas de comportamiento reconocidas por los individuos» (103).

culto», que según el 16.2 comprende también las «creencias»; de esas libertades deriva inmediatamente la libertad de conciencia, que puede ser no sólo conciencia religiosa o por motivos religiosos, sino de modo más amplio conciencia moral del individuo –conciencia como plasmación de sus creencias profundas– sobre los asuntos de orden ético o moral más básicos o elementales (sobre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito) y que por ello le conciernen y afectan en el núcleo de su conciencia como ser humano. De esta libertad de conciencia deriva a su vez, dentro de ciertos límites –los del propio art. 16.1 CE y los de la colisión con otros derechos o intereses constitucionales–, el derecho a la objeción de conciencia, es decir el derecho del ciudadano de objetar, negarse al cumplimiento de algunos deberes jurídicos, incluso jurídico-penales, cuando ello suponga un comportamiento totalmente inadmisibles para su conciencia moral, que por tanto le impone un deber moral contrapuesto de negarse a cumplir el deber jurídico general». Sobre esta cuestión, también *Vid.* FLORES MENDOZA, F.: *La objeción de conciencia en Derecho Penal*. Comares, Granada, 2001; y JERICÓ OJER, L.: «El conflicto de conciencia ante el Derecho penal». *La Ley*, Madrid, 2007.

(103) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, C.: «Conciencia...», *ob. cit.*, p. 305 y 306.

Así, conforme a lo indicado por Luzón Peña, la libertad de conciencia tiene tres facetas o niveles: libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras, en segundo lugar, libertad para manifestarlas, y finalmente libertad para comportarse de acuerdo con las mismas y para no ser obligado a contradecirlas, y es en esta última faceta o manifestación de la libertad de conciencia donde encaja el posible derecho a la objeción de conciencia (104). Considero más factible la protección y consideración penal de las dos últimas que la tutela de la primera de las emanaciones, esto es, la formación de la conciencia del individuo.

Por tanto, por más que se entienda la libertad de conciencia como el derecho a acomodar el comportamiento externo a las exigencias de los propios juicios de conciencia, y que tales manifestaciones tengan relevancia positiva en el ordenamiento jurídico (105), lo cierto es que desde la óptica del Derecho penal, la conciencia solo tendrá eficacia «en negativo».

En contra de la postura aquí defendida, es preciso citar la magnífica obra de Martín Sánchez, quien, apoyándose en la doctrina italiana, considera posible la protección penal de la libertad de conciencia, entendida como derecho a la formación de la misma (106). El autor precitado justifica su postura entendiendo que la libertad de conciencia implica la libertad de formación crítica de la propia conciencia, como condición previa a sus manifestaciones externas (107), entre las que incluye la elección de una determinada ideología o religión. Así, el derecho a la formación de la conciencia requeriría, en primer lugar, la libertad de indagación, es decir, la facultad de la persona para llevar a cabo su pro-

(104) Vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: «Actuación en conciencia...», ob. cit., p. 5.

(105) Como lo hace, apoyándose en el autor antes citado, PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 163 y nota al pie 146.

(106) Otros autores, aunque de un modo menos concreto y más relacionado con la capacidad de decisión personal, también han puesto de relieve la necesidad de tutela penal del derecho a la formación de la conciencia; Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 156 y ss.; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», ob. cit., pp. 54 y 55. En especial, Vid. MOTILLA, A.: «Sectas...», ob. cit., pp. 177 y 178.

(107) En este punto también se apoya en un sector de la doctrina eclesiasticista española que considera la libertad de conciencia el verdadero bien jurídico protegido en estos delitos; Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: «Libertad religiosa y de culto», en VV. AA.: *Los Derechos fundamentales y las libertades públicas*. I, Madrid 1992, p. 353; Derecho eclesiástico del Estado. Madrid, 1989, p. 16; Derecho de la libertad de conciencia. I. Madrid, 1997, p. 233. Entre la doctrina penal, actualmente siguen defendiendo la protección de la libertad de conciencia en los tipos penales del Título estudiado, MORILLAS CUEVA, L. Ult. ob. cit.; VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2290 y 2294; SAMANIEGO MANZANARES, J. L.: *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) Comentarios y Jurisprudencia*. II. Parte especial (artículos 138 a 639). Comares, Granada, 2010, p. 1367.

pia búsqueda entre las distintas opciones religiosas e ideológicas; y, en segundo lugar, la posibilidad real de realizar una elección entre las diferentes concepciones ideológicas o religiosas de la existencia. Se protege, de este modo, la inmunidad de la persona frente a la coacción, garantizando la fase de maduración espiritual que conduce a la elección de la libertad ideológica y religiosa (108). Sin querer entrar en la cuestión filosófica de la posibilidad de conformación autodidacta o completamente autónoma de la conciencia y, entendiendo que la libertad de conciencia implica la libertad de elegir los medios de formación de la misma (109), ha de mantenerse la postura de la imposibilidad de conocer por parte del Derecho penal si un sujeto ha sido fehacientemente influido en su conciencia, puesto que solamente se conocerá de manera externa la influencia ejercida en su personalidad, psique (110) o voluntad, que es precisamente la que se protegerá contra coacciones (111). De este modo, el legislador penal no puede conocer si se han puesto o no trabas al libre desarrollo de la conciencia del sujeto, ni castigar las influencias externas a la conformación de la misma, a no ser que se lleven a cabo mediante medios que fuercen la voluntad del sujeto –esto es, el libre actuar del individuo–.

Sobre esta última reflexión, se adelantaba Martín Sánchez a las posibles críticas, explicando que «el contenido esencial del derecho a la formación de la conciencia no supone, ciertamente, el derecho a exigir la supresión de todo tipo de factores externos, que sean susceptibles de condicionarlo. Significa, simplemente, el derecho a exigir que tales factores no supongan en la práctica unos condicionamientos a dicho contenido esencial que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, lo hagan impracticable, lo dificult-

(108) *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 67.

(109) En realidad, se debería partir de la base de que lo que se pretende proteger no es la conciencia del individuo *per se*, sino el pretendido libre albedrío del individuo para poder conformarla sin determinadas manipulaciones externas. Desde esta perspectiva, puede entenderse la libertad de conciencia incluida dentro del valor superior «libertad» que engloba todas las manifestaciones de la misma. Sobre esta cuestión, *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 77. Sin embargo, este modo de proceder no ayuda a la definición de un bien jurídico concreto que lleve a la posibilidad de proteger la conciencia del individuo mediante el Derecho penal.

(110) De hecho, algunos autores prefieren hablar de tutela de la integridad psíquica o la libertad psíquica, que es todo lo más que el Derecho penal puede llegar a conocer; *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, p. 182; en contra, MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, pp. 140 y 141.

(111) Acerca de la falta de idoneidad para la protección de la libertad de conciencia mediante los delitos de coacciones, *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, pp. 145 y ss.

ten más allá de lo razonable, o lo despojen de la necesaria protección. Es decir, comporta el derecho de la persona a que no se la impida o se la dificulte excesivamente el desarrollo del proceso dirigido a lograr una consciente y libre autodeterminación en materia religiosa o ideológica» (112). Sin embargo, nuevamente debe sostenerse que es imposible que el Derecho penal pueda llegar a conocer los efectos reales que ejerce cualquier tipo de manipulación en la conciencia del individuo, es decir, si efectivamente el sujeto asume o no los valores morales sobre los que ha sido adoctrinado, ni siquiera si los que ya tuviera previamente se han puesto en peligro (113). Nótese, además, la imprecisión del alcance de la protección, que exige que el condicionamiento impida o dificulte excesivamente el desarrollo de la conciencia, mas ¿Puede impedirse absolutamente el desarrollo de un sistema propio de valores morales? ¿Puede saberse, sin lugar a duda razonable, cuando se ha impedido completamente al individuo desarrollar libremente tal sistema de valores? ¿Puede implantarse de forma absoluta una concepción del propio ser, y del bien y del mal, sin que el individuo en su fuero interno inserte modificaciones propias? ¿Se puede construir completamente la conciencia del individuo desde una fuente externa o condicionamiento? Puede existir, ciertamente, un atentado contra la libre formación y originalidad de la personalidad, manifestándose externamente como un comportamiento alienado del individuo, pero el agravio contra la conciencia no puede ser determinado (114).

(112) Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 68 y 69.

(113) Tampoco puede ampararse la protección de la conciencia en tipos penales de peligro abstracto.

(114) Sobre la concepción de la libertad de conciencia, Pérez-Madrid realiza una crítica que debe tenerse en cuenta aún cuando no se compartan sus postulados. La autora advierte que algunas afirmaciones sobre esta cuestión pueden ser matizadas: «por ejemplo, la relativa a que la libertad de conciencia es la expresión de la vida interior de las personas: quizá sea una noción algo difusa y cercana a la tautología; o la que se refiere a que el Estado es incompetente en cuestiones espirituales: pienso que tal postulado es matizable, ya que, todo dependerá de qué se entienda por espiritual. El Derecho penal, por poner un ejemplo, asume claramente la protección del derecho al honor, un bien absolutamente inmaterial. Por tanto, no es la espiritualidad una nota que se excluya de la función protectora del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho»; Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 161. No se comparte tal afirmación, pues considero que el derecho al honor ha sido definido cada vez con mayor precisión como bien jurídico protegido por el Derecho penal, incluyendo dos dimensiones: subjetiva (el sentimiento de humillación personal de quien sufre la ofensa); y objetiva (menosprecio ante los demás o reputación de la persona). Se abandona, de este modo, el anterior bien jurídico protegido «honra».

En este sentido, Martín Sánchez distingue ataques directos contra la formación de la conciencia, que tendrían como finalidad violentar la libertad de una persona para imponerla una elección, en materia ideológica o religiosa, contraria a su conciencia y acorde con la voluntad de otra; y ataques indirectos, constituidos por las acciones realizadas contra las libertades ideológica y religiosa que pueden dificultar su libre desarrollo, caben en este supuesto los delitos contra la intimidad ideológica y religiosa de las personas así como actos discriminatorios y de genocidio motivados por la ideología y la religión (115). En el primer supuesto, entiendo que seguimos estando ante una coacción a la libertad y voluntad de la persona, puesto que la formación de su conciencia puede no verse alterada en absoluto. En el segundo supuesto, considero que no debe confundirse la motivación del ataque con el objeto del mismo.

Por último, aun siendo posibles tales extremos, también es objetable que no se haya matizado ni el medio (116) por el que se produce tal condicionamiento, ni el alcance de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, puesto que será relevante para la extensión de la protección penal, so pena de castigar aquellas conductas que de forma efectiva dificulten «la libre configuración de la conciencia», pero que se realicen de forma inocua o que incluso inculquen –o, peor aún, implanten– valores morales, ideológicos y religiosos positivos para el individuo.

Según la definición del bien jurídico libre desarrollo de la formación de la conciencia, un grupo religioso, filosófico o ideológico que dificultara a uno de sus miembros la posibilidad de conocer otros valores morales diferentes a los suyos, siendo estos completamente beneficiosos para el sujeto, y perfectamente compatibles con el orden social, estaría cometiendo una acción delictiva. Más adelante en su obra, Martín Sánchez realiza una aclaración sobre esta cuestión, indicando que el proselitismo ino-

muy cercano al de «honestidad», verdaderamente inmaterial e imposible de definir. Sobre esta cuestión, puntualizando acertadamente, *Vid.* FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», *ob. cit.*, p. 25.

(115) *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, pp. 268 y 285.

(116) Sobre esta cuestión, Martín Sánchez entiende la posibilidad de vulnerar el bien jurídico protegido libertad de conciencia a través de medios diferentes a los habituales en las coacciones y las amenazas, cuando indica que el mismo «puede ser vulnerado por otros ataques distintos de los intimidatorios y los violentos»; *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 147. Nuevamente, se compara la formación de la voluntad con la formación de la conciencia, siendo posible, sin embargo, actuar voluntariamente en contra de la propia conciencia.

cuo no entraría dentro de esta clase de conductas, sino solamente el ilegítimo, es decir, el realizado a través de determinados medios delictivos por la ley penal (117).

Además de lo anteriormente expuesto, debemos atender al límite impuesto por los principios de mínima intervención, carácter fragmentario y lesividad que informan nuestro Derecho penal. En primer lugar, existen otras vías más oportunas para defender la libertad de conciencia y los valores morales del individuo, como el reconocimiento de la objeción de conciencia (118). En segundo término, el Derecho penal no puede llegar a conocer si ha existido verdadero peligro o lesión de la libertad de conciencia del sujeto, sino sólo si ha habido una coacción a su voluntad.

Estas cuestiones también afectan a la protección de la libertad religiosa, dependiendo del entendimiento doctrinal que se mantenga sobre su significado y autonomía respecto a la libertad de conciencia e ideológica. Si se mantiene la tesis unitaria de identidad de objeto entre las tres libertades (119), solamente se estaría protegiendo, en puridad, tanto la libertad religiosa como la conciencia del individuo cuando su sistema de valores morales sea plenamente coincidente con el prescrito por su confesión religiosa (120). Sin embargo, esto sería sólo una percepción del propio individuo y no una protección real, puesto que, como explicaré a continuación, ninguno de los tipos penales hace alusión a la conciencia del sujeto, ni a su libre desarrollo, sino a las

(117) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 269; al respecto, también Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 201.

(118) En este punto coincido plenamente con Martín Sánchez, cuando expone que «la garantía de la libertad de conciencia no radica (...) en una utópica legislación como la propuesta, sino en el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia»; Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 72. Como ya tuve oportunidad de exponer, gracias a la obra de Pérez del Valle, sabemos que el derecho a la objeción de conciencia tiene cierta relevancia limitada en Derecho penal, exclusivamente como causa de inexigibilidad cuando se produce un conflicto entre los valores morales del sujeto y la norma penal; PÉREZ DEL VALLE, C.: «Conciencia...», ob. cit., p. 307.

(119) La más seguida por la doctrina penalista como indica PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 113. Así, por ejemplo, Terradillos Basoco entiende que la libertad ideológica abarca la libertad religiosa del individuo y algunos contenidos de la libertad de conciencia; Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 149; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., pp. 57-59, quien entiende que la libertad de conciencia es el tercer nivel de manifestación de la libertad ideológica.

(120) En este aspecto, sería equivalente a una expresión de la conciencia a través de una determinada corriente de pensamiento; Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual...», ob. cit., p. 133.

prácticas y sentimientos religiosos (121). El Derecho penal no puede proteger el factor religioso en cuanto a sistema moral del individuo (122), sino solamente el respeto al conjunto de creencias (sentimientos religiosos) y su exteriorización (123) (libertad de culto).

Si, por el contrario, se entiende la libertad religiosa como algo distinto de la libertad ideológica o de conciencia y, por consiguiente, como verdadero bien jurídico protegido por los tipos penales del Título XXI de la Sección 2.^a del Capítulo IV del CP (124), su protección penal estará limitada también a los actos de culto externos o a los sentimientos religiosos con base en sus manifestaciones como derecho fundamental del individuo o, si se quiere, en la relevancia social del factor religioso (125). En este punto, entiendo que el derecho a la libertad religiosa pueda implicar también un sistema de valores morales y una conexión con lo divino (126), y nada se dirá en este estudio que ponga en duda tal concepción escindida de la libertad ideológica. No obstante, lo que vale para la interpretación eclesiasticista e, incluso, constitucionalista, puede no valer para la

(121) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho penal español*. Dykinson, Madrid, 1991, pp. 922-928, clasificaba esta clase de delitos como impedimento de práctica de una confesión religiosa, proselitismo ilegal y ataques a los sentimientos religiosos.

(122) Deben protegerse bienes jurídicos y no contenidos morales, en palabras de TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 233; y también BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual...», ob. cit., p. 158.

(123) Como indica Muñoz Conde, «existen determinados sentimientos trascendentes a la realidad física de las personas que por regla general pertenecen al ámbito ético individual y en los que no intervienen las normas jurídicas. Pero estos sentimientos pueden entrar en la esfera del Derecho si se proyectan en el mundo exterior, bien chocando con las exigencias de las normas jurídicas, o bien necesitando para su manifestación de la protección de estas»; Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*. 18.^a Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 851.

(124) En este sentido, Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español...*, ob. cit., 1993, p. 928. Con algunos matices respecto a su relación con la libertad de conciencia, Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra...», ob. cit., p. 240; el mismo: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., pp. 1350 y 1351; PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 160. Tal parece ser la línea escogida por nuestro TS en su Sentencia de 8 de abril de 1981.

(125) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., pp. 121 y 123. En contra, Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit. p. 125, quien estima que el legislador penal no puede proteger la religión como valor social puesto que ello implica una valoración positiva de un fenómeno ante el que sólo el hombre concreto puede tomar una opción determinada.

(126) Como defiende PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 122. En este sentido, libertad religiosa y libertad de conciencia tendrían un punto en común, al solaparse los valores morales religiosos con los del propio individuo, de un modo similar a lo que indicaba Terradillos Basoco.

interpretación penalista, por mucho que los derechos fundamentales deban entenderse en su sentido más absoluto. Al fin y al cabo, no todos los derechos y libertades establecidos en la Constitución tienen su reverso penal, ni su tutela penal coincide con lo absoluto de su conceptualización en el plano constitucional.

Otra postura es la mantenida por Rossell Granados, que expone que el legislador ha querido proteger dos bienes jurídicos, pues «por un lado protegerá a aquellas personas que son creyentes, mediante la tutela de sus sentimiento religiosos. Por otro, se tutelaré la libertad de conciencia en cuanto derecho que tiene todo individuo a poder asumir unas creencias como propias» (127). Opinión similar es la mantenida por Liñán García, quien considera que la libertad de conciencia se inserta en la rúbrica con la intención de subrayar la voluntad de protección también de las creencias no religiosas (128). En mi opinión, no obstante, aunque se proteja el derecho a la libertad religiosa en el Código penal, todo valor moral derivado de tal derecho –así como la libertad de conciencia–, deben quedar fuera de la tutela penal (129). Se impone, de este modo, una «amoralización» de la libertad religiosa en nuestro *Ius penale*. La idea del bien y del mal que tenga cada sujeto conforme a sus creencias religiosas (130), o su conexión con la divinidad, no pueden ser consideradas bienes jurídicos protegibles penalmente.

Habrà que dar la razón, por tanto, a quienes mantienen que el verdadero bien jurídico protegido por estos delitos es la libertad religiosa (131), y ello, además, de manera parcial, pues solamente se

(127) Cfr. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 374.

(128) Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso en el nuevo Código Penal español (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)», en *Revista española de Derecho canónico*, núm. 58, 2001, p. 830.

(129) Opinión contraria es la de MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 253, si bien reconoce que «el Código penal vigente no tiene en cuenta el principio de libertad de conciencia, pues no protege adecuadamente el derecho a la formación de ésta contra los ataques dirigidos a impedir directamente su ejercicio, ni, en menor medida, contra los que lo condicionan de manera indirecta».

(130) El término creencia es equivalente a «firme asentimiento y conformidad con algo» o «religión y doctrina» y, por tanto, no equivalente a espiritualidad u organigrama de valores morales del individuo; Vid. Diccionario de la RAE. 22.^a Ed., Voz «creencia».

(131) Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos...», ob. cit., p. 192; el mismo: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 1358; si bien incluye también la libertad de conciencia; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 175; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», ob. cit., p. 160; PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 171; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El Derecho a la formación...», ob. cit., p. 209.

incluyen dos dimensiones de la misma (132): los actos de culto (133) y los sentimientos religiosos (134). De forma subsidiaria, si no se entiende

(132) En este sentido, me sitúo muy cerca de la opinión de Vives Antón y Carbonell Mateu, cuando indican que «ciertamente, sin ofensa del sentimiento religioso, los delitos aquí contenidos serían en la práctica imposibles de perseguir. Sin embargo, el sentimiento religioso no constituye en todos ellos objeto inmediato de tutela. En los artículos 522 y 523 se tutela la libertad religiosa y de cultos (no la libertad de conciencia), en el art. 524, el sentimiento religioso, en el 525, junto a dicho sentimiento, las creencias religiosas, y en el 526 el respeto a los muertos»; *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S., y CARBONELL MATEU, J. C.: «Delitos contra la Constitución», en VV. AA.: *Derecho penal. Parte especial*. 2.^a Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 711 y 712. También me parece acertadas las posturas de LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad religiosa...», *ob. cit.*, pp. 160 y ss. y FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», *ob. cit.*, pp. 245 y ss. Otros autores distinguen entre la protección de la libertad religiosa y la de los sentimientos religiosos individuales, *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos contra la libertad de conciencia...», en p. 2010; CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) y Jorge Barreiro, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1296. Desde la posición aquí mantenida, considero que ambas cuestiones son, en realidad, manifestaciones del derecho de libertad religiosa. La protección penal, por lo demás, es parcial, como ya se ha expuesto. Entiende también que la protección de la libertad religiosa es parcial e incompleta, aunque en un sentido crítico que aquí no se comparte, MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, pp. 249 y 250, quien expone que «en el art. 522 se tutelán las libertades religiosa e ideológica, si bien esta última de forma incompleta, las cuales no aparecen mencionadas en dicha rúbrica, y de una manera parcial e insuficiente (...) el derecho a la formación de la conciencia. Por su parte, el artículo 523 protege un aspecto de la dimensión colectiva de la libertad religiosa (...) aunque de forma indirecta tutela la dimensión individual de esta libertad en cuanto derecho de la persona a realizar colectivamente las prácticas y ceremonias religiosas. El bien jurídico tutelado en el art. 524 es el sentimiento religioso individual de los miembros de una confesión (...). Finalmente, el artículo 525 protege el bien jurídico constituido por los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión (...). Asimismo, este artículo tutela la libertad religiosa individual (...) y la dimensión individual de la libertad ideológica».

(133) *Vid.* MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos...», *ob. cit.*, 192; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, pp. 265 y ss.; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: «Derecho eclesiástico...», *ob. cit.*, p. 279.

(134) *Vid.* MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», *ob. cit.*, p. 1358; CALDERÓN CEREZO, A.: «Delitos contra la Constitución (III)», en Choclán J. A. y Calderón Cerezo, A.: *Derecho penal*. Tomo II. Parte especial. Bosch, Barcelona, 1999, p. 1168. Como ha expuesto Gordillo Álvarez-Valdés, «distinta a la libertad de conciencia es el sentido de los sentimientos religiosos como deber de respeto a toda persona a las creencias ajenas»; *Vid.* GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.: «Delitos contra la Constitución», en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Derecho penal*. Parte especial. 2.^a Ed., Colex, Madrid, 2004, p. 655. Muñoz Conde entiende que el bien jurídico sentimientos religiosos es el factor aglutinante de los delitos de la rúbrica, *Vid.* MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 853, sin embargo añade que «ciertamente algunos de ellos afectan directamente a la libertad religiosa (más que a la de conciencia)».

como conceptos unitarios, algunos tipos penales incluidos bajo la rúbrica aquí estudiada también protegerían la libertad ideológica, si bien nuevamente de forma parcial y desigual, por lo que algunos autores han entendido que se produce una situación de discriminación (135).

Con todo, siempre se puede recurrir a una interpretación puramente semántica de los términos libertad de conciencia y libertad religiosa que, desde una perspectiva lingüística, se entienden como sinónimos. Así, la RAE define la libertad de conciencia como facultad de profesar cualquier religión sin ser inquietado por la autoridad pública, mientras que la libertad religiosa englobaría tanto la libertad de conciencia como la libertad de cultos. La libertad de culto quedaría acotada al derecho a practicar públicamente los actos de la religión que cada uno profesa y la libertad de pensamiento o ideológica constituiría el derecho de toda persona a tener y manifestar cualquier ideología y a no ser obligada a declarar sobre ella. Desde esta perspectiva gramatical, la libertad de conciencia sería una de las manifestaciones externas –practicar una religión sin ser molestado– de la libertad religiosa, siendo posible su protección dentro del Derecho penal.

Así entendida, la libertad de conciencia se entendería como un límite a los poderes públicos a la hora de definir sus relaciones con el factor religioso. El mínimo requerido para la existencia de la libertad de conciencia será el de tolerancia. El Estado no podría obligar a ningún ciudadano a profesar una creencia concreta, ni a abandonar la que ya profesaba. Tampoco se podrá incluir dentro del Derecho penal –ni como herramienta pública de protección de bienes jurídicos, ni como medio de control social formal monopolizado por el Estado– ninguna norma que definiera o intercediera en el libre desarrollo de las creencias del sujeto. A nuestro ordenamiento jurídico penal no le interesa tanto la protección de la creencia en sí misma, como la protección de la libertad de obrar en general siempre que su origen sea lícito. Este concepto de libertad de conciencia juega un papel nuevamente «negativo» o «pasivo», puesto que como objeto de protección parece quedar limitado al derecho a no ser discriminado por profesar una determinada creencia (delitos de odio) (136).

(135) Así, entre otros, *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S., y CARBONELL MATEU, J. C.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 711; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 252. De forma menos radical, TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...», *ob. cit.*, p. 2101.

(136) En el último Anuario del Ministerio del Interior se recogen desglosados los delitos de odio que tienen su motivación en creencias o prácticas religiosas, así como en el antisemitismo; *Vid.* Anuario del Ministerio del Interior, 2015, pp. 367 y ss. En concreto, el número de hechos registrados en materia de creencias o prácticas religiosas en 2015 fue de 70, lo que supone un incremento del 11,1% respecto a 2014.

En comunión con lo anteriormente expuesto, para delimitar el alcance de la protección penal del derecho a la libertad religiosa, debemos tener en cuenta que éste se proyectará en un catálogo de manifestaciones, contenidas en la propia LOLR (art. 2), y divididas en las mencionadas dimensiones individuales y colectivas (137):

1. En su dimensión individual: derecho a profesar las creencias libremente elegidas o a no profesar ninguna; derecho a cambiar de creencias; derecho a manifestar las creencias profesadas; derecho a no declarar sobre las creencias profesadas; derecho a recibir asistencia religiosa; derecho a conmemorar las festividades religiosas; derecho a celebrar los ritos matrimoniales; derecho a recibir sepultura digna; derecho a elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados bajo su dependencia, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones; derecho a asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas.

2. En su dimensión colectiva: derecho a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos; derecho a designar y formar los ministros de culto; derecho a divulgar y propagar el propio credo; derecho a mantener relaciones con las propias organizaciones o con otras confesiones religiosas.

Por otra parte, debemos tomar en consideración que el derecho a la libertad religiosa mantiene como límite principal el orden público, entendido como la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública (138). Este último punto es, a mi juicio, nuevamente controvertido, pues no parece posible establecer en un Estado plural y democrático de Derecho algo tan unívoco como un concepto de «moralidad pública».

Finalmente, respecto a la titularidad el bien jurídico tutelado puede ser entendido de un modo individualista o colectivista (139), considerando que algunos aspectos de la libertad religiosa afectan al interés social, como es el caso de la memoria de los muertos (140). Frente al

(137) Al respecto, *Vid.* LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», *ob. cit.*, pp. 821 y ss.

(138) Art. 3.1 LOLR.

(139) *Vid.* MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la libertad de conciencia», en Cobo del Rosal, M. (Dir.): *Manual de Derecho penal (Parte especial)*. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1994, p. 334.

(140) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», *ob. cit.*, p. pp. 623 y 624. Aunque, como ya se comentará en el análisis de los tipos penales que afectan al respeto a la memoria de los muertos, estos pueden ser escindidos del factor religioso.

sentimiento religioso de la persona, algunos autores han entendido el sentimiento religioso de la comunidad (141), e incluso, a su valor cultural o de fuerza moral colectiva, como verdadero fin a proteger con la tipificación de estos delitos. En mi opinión, tal posicionamiento es forzar la interpretación de los límites del Derecho penal y de la propia aconfesionalidad del Estado. No se podrá tutelar penalmente un derecho a la libertad religiosa colectiva como fuerza moral o valor de la sociedad, sino sólo las manifestaciones de las dimensiones individual y colectiva del derecho a la libertad religiosa. En consecuencia, cuando el Código penal hace alusión exclusivamente a los sentimientos religiosos como bien jurídico protegido, se está refiriendo a los sentimientos religiosos individuales (142).

Aunque se trata de delitos que atentan contra un derecho fundamental, lo cierto es que su comisión es, en el mejor de los casos, meramente anecdótica en nuestra estadística criminal, tal y como han puesto a manifiesto algunos autores (143). Actualmente, de hecho, la mayor parte de los Códigos penales modernos del entorno europeo han reducido el número de delitos y la intensidad de las penas para esta clase de conductas, que otrora gozaran de una protección penal privilegiada (144). Quizás este hecho justifique que su tratamiento jurídico-penal no haya sido revisado en los últimos años (145), con-

(141) Vid. Siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte Especial*. Civitas-Thompson Reuters, Pamplona, 2011, p. 624; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...* ob. cit.; Queralt, J.: *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona, 1992, p. 895. Sobre el valor comunitario de los sentimientos religiosos se ha pronunciado nuestro TC, (STC de 8 de abril de 1981) indicando que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social (Auto 180/1986, de 21 de febrero). También el TS en su Sentencia de 15 de julio de 1982 parece haber adoptado cierta postura favorable a la consideración de los sentimientos religiosos colectivos. Acerca de la construcción comunitaria del bien jurídico sentimientos religiosos, Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., pp. 28 y ss. y sobre el concepto de sentimientos religiosos en nuestra jurisprudencia, pp. 66 y ss.

(142) De la misma opinión, Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos con la libertad...», ob. cit., p. 2017; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 168.

(143) Así, Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho penal. Parte especial*. 14.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 980 y 985.

(144) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho penal...*, ob. cit., p. 623.

(145) Lo cierto es que tampoco lo ha sido por parte del legislador. En efecto, las nuevas reformas del Código penal parecen haber orillado una posible revisión de los mal llamados delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y la memoria de los difuntos. Quizá se haya entendido que ello no era necesario tras el fuerte cambio de paradigma en el entendimiento del factor religioso durante la asunción de un Estado constitucional, o puede que la cuestión sea un tanto polémica desde

tando las meritorias excepciones que aquí citamos, por nuestra actual doctrina penal.

No han faltado voces en la doctrina penal que, por estas razones prácticas –y otras, como ya se han visto, de orden doctrinal– hayan abogado por la completa desaparición de estos delitos. Estas tesis «abolicionistas» defienden la reconducción de las conductas contenidas en estos tipos penales a delitos comunes o, al menos, reducir al máximo el Título a aquellos que verdaderamente muestren una especialidad en materia religiosa (146). La segunda de las opciones me parece la más coherente con el planteamiento aquí promocionado, en el que se entiende que el bien jurídico protegido por estos delitos es la libertad religiosa (limitada).

Ciertamente, los delitos contra la libertad religiosa han sido desplazados –aunque no olvidados– del estudio minucioso de nuestra mejor doctrina penalista tras el impacto del paso de un régimen de confesionalidad a uno de aconfesionalidad garantizado constitucionalmente. Tras la profunda transformación política del Estado, se establecieron los pertinentes límites al bien jurídico protegido libertad religiosa –antes simplemente religión, monopolizada por la confesión católica en nuestro país–, desarrollados en el art. 3 de la *Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa*, con el tenor siguiente:

«1. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

el punto de vista ideológico como para querer afrontar cambios radicales en el planteamiento de estos delitos.

(146) Así, por ejemplo, en la doctrina italiana Siracusano, P.: *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*. Giuffrè, Milano, 1983; sobre estas tesis críticamente véase PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., pp. 155, 156 y 166; y también MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 228 y ss. Fundamentalmente, entre otros, han abogado por dirigir estas conductas a tipos penales generales en nuestra doctrina TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección de la libertad...», ob. cit., pp. 155 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual...», ob. cit., pp. 132 y 133. Al respecto, cobra importancia la definición del bien jurídico protegido, pues como expone Liñán García, «si partimos de su carácter de derecho individual y, por tanto, unido directamente con la libertad ideológica, ello exigirá tener que conectarlos con aquellos preceptos encaminados a la protección de la libertad personal lo cual supondría la desaparición de la sección especial dedicada a estos delitos, o bien subsumirlos en ellos»; Cfr. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 823.

2. Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos».

III. COACCIONES Y PROSELITISMO ILEGAL: ART. 522 CP

Un importante sector de la doctrina ha entendido que, junto con el art. 523 CP, este tipo penal forma parte de los delitos contra los sentimientos religiosos, mientras que los arts. 524 y 525 CP haría referencia a las denominadas profanaciones religiosas o escarnio (147).

El tipo objetivo que describe la conducta ilícita en el primer supuesto del art. 522 CP es bastante amplio (148), puesto que se refiere al impedimento de los «*actos propios de las creencias*», fórmula generalista (149) que remite a cualquier manifestación religiosa perteneciente a una confesión concreta (v.gr.: la oración (150)), sea considerado formalmente «*acto de culto*» o no (151). Esta primera conducta ha sido denominada por Ferreiro Galguera como coacción impediendo (impedir), frente a la coacción comisiva o coactiva (forzar) del segundo numeral (152).

(147) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2290; siguiendo lo indicado en GARCÍA VALDÉS, C.: *Diccionario de Ciencias penales*. Edisofer, Madrid, 1999, p. 405.

(148) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa e ideológica: garantías procesales y tutela penal», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, p. 384; LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 825.

(149) Según define Morillas Cueva, «son los hechos, acciones o modos de obrar, públicos o privados, individuales o colectivos, que con este fin y con arreglo a las disposiciones prácticas y a las formas de una determinada confesión religiosa se ordenan o establecen para el cumplimiento de sus miembros»; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1071.

(150) Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 825.

(151) Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 662. Esto afectaría también al bien jurídico protegido, pues según Rossell Granados, «al hacer referencia a los «actos propios», entendemos que no está refiriendo sólo a los actos de culto. Así, lo que se estaría tutelando no sería la libertad de culto sino la más amplia libertad religiosa»; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 375.

(152) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 383.

Respecto al bien jurídico protegido, en mi opinión el tipo penal del art. 522.1 CP protege la libertad religiosa entendida de forma práctica, es decir, en sus manifestaciones externas (153) más fácilmente reconocibles: derecho a recibir asistencia religiosa; derecho a conmemorar las festividades religiosas; derecho a celebrar los ritos matrimoniales; derecho a asociarse para desarrollar comunitariamente actividades religiosas siempre que se respeten los límites de orden público; y, por supuesto, derecho a profesar las creencias libremente elegidas o a no profesar ninguna. Para llegar a tal conclusión, me baso en la interpretación literal del precepto, que utiliza verbos (154) que requieren una plasmación externa (practicar, profesar, asistir (155), concurrir), esto es, el efectivo «ejercicio» (156) de actos reveladores –entendidos de forma amplia, como ya se ha dicho– propios de una religión (157).

En el segundo numeral se añade, además, la protección del derecho a cambiar libremente de creencias (158) sin que se ejerzan coacciones a la voluntad del sujeto. De este modo, en conjunto el art. 522 CP protegería las dimensiones positiva y negativa de la libertad religiosa (159). Algunos autores han visto en este último punto una protección a la libertad de conciencia del sujeto (160), si bien, como ha expresado Rossell Granados, «el hecho de mudar la creencia de un sujeto no parece fácil de probar. El cambio de creencias por parte de un individuo, es algo que pertenece al fuero interno de la persona con lo que el probar que efectivamente se ha producido un cambio es de

(153) *Vid.* FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 246. En contra, distingue la protección de la libertad de conciencia separada de la libertad religiosa, aunque interpretándola como libertad de creencias, sean o no religiosas, VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...» ob. cit., p. 2295.

(154) También en los verbos típicos que conculcan la libertad religiosa del individuo: impedir, entendido como imposibilitar una cosa y forzar, que equivale a que el sujeto haga algo que no quiere, sinónimo de obligar.

(155) Entendido como «estar o hallarse presente»; *Vid.* MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1071.

(156) *Vid.* Diccionario de la RAE. 22.^a Ed., Voz «profesar».

(157) En nuestra jurisprudencia quedó sobreesfó un supuesto en el que el Obispado cedió a un Ayuntamiento el uso de un santuario y, a su vez, éste lo cede a una asociación de amigos por no apreciarse ánimo de impedir que miembros de una confesión religiosa practique los actos de sus creencias; *Vid.* AAP Barcelona 29/2005 de 17 octubre.

(158) Nótese que se utiliza el vocablo creencias, en lugar del que aparece en el tipo penal «religión», el cual no parece ser el más acertado técnicamente; *Vid.* MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1072.

(159) *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...» ob. cit., p. 163.

(160) *Vid.* MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1071.

tal dificultad, que únicamente habrá posibilidad de deducirlo a través de las manifestaciones externas de la persona» (161).

En efecto, el único modo de interpretar este precepto es la comprobación de que efectivamente el sujeto –a regañadientes y en contra de su verdadero sentir religioso o moral que, probablemente, permanece inalterado– deja de ejercer los actos propios de su religión y es obligado a realizar los de otra. Se trata, por tanto, de un ataque contra la voluntad del sujeto (162), contra las manifestaciones individuales de la libertad religiosa y no contra la conciencia de individuo, pues esta puede permanecer inalterada independientemente de sus actos. Tampoco veo posible argumentar que se trata de un delito contra la libre formación de la conciencia, por cuanto si el verbo utilizado es «mudar», presupone que tal conciencia ya se encuentra previamente construida (163) y que lo que se impide, en realidad, es el libre ejercicio de la libertad religiosa conforme a dicha conciencia (164). En palabras de Bueno Salinas, el tipo penal solamente se cumplirá «si da lugar a actos que demuestren la fe contra la voluntad del obligado» (165). Por ello, Prieto Sanchís, con criterio acertado en mi opinión, indica que debería emplearse la expresión «imposiciones coactivas en materia religiosa» (166), en lugar de la comúnmente utilizada, proselitismo ilegal (167), para denominar al tipo penal.

(161) Cfr. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., pp. 375 y 376.

(162) Es decir, unas coacciones y amenazas específicas, *Vid.* CALDERÓN CEREZO, A.: «Delitos contra la Constitución (III)», en Choclán J. A. y Calderón Cerezo, A.: *Derecho penal. Tomo II. Parte especial*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 1169; MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 853.

(163) En este aspecto, Martín Sánchez matiza la cuestión, indicando que «no cabe duda de que el apartado 2 de este artículo, al tipificar como delitos el forzar a una persona a asistir y, sobre todo, a practicar los actos de culto de una religión, está protegiendo el derecho de aquella a la libre formación de su conciencia en el caso de que todavía no haya elegido dicha religión. Igualmente, forzar a una persona a mudar de religión supone un ataque contra el derecho a elegir libremente las propias creencias y, por ello, contra el derecho a formar sin coacción la conciencia en cuanto presupuesto necesario para realizar aquella elección»; *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 269 y 270.

(164) Otra interpretación es la de Morillas Cueva, quien indica que mudar aquí significa «cambiar a uno la intención, determinación, propósito o dictamen religioso en que estaba para llevarlo a otro»; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1072.

(165) Cfr. BUENO SALINAS, S.: «El ámbito de amparo...», ob. cit., p. 200.

(166) *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L.: «El derecho fundamental...», ob. cit., p. 338.

(167) *Vid.* GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico de las sectas en España», en *Revista de Estudios de juventud*, núm. 53, 2001, pp. 149 y 150, quien expone que el proselitismo ilegal ha quedado sin tipificar en el CP vigente, puesto que solamente hace referencia a los actos externos de culto o similares pero no a la libertad de conciencia.

En cualquier caso, de acuerdo con Ferreiro Galguera, la mera sugerencia o invitación que se hace expresa o implícitamente a un tercero para que se incorpore a una confesión o para que profese determinadas creencias no es un acto ilícito siempre que se desarrolle en parámetros de respeto a la libertad y al derecho a la intimidad del otro (proselitismo legal). Sin embargo, continua el autor precitado, «las insistencias machaconas para vencer la renuencia mostrada por la personal a la que se quiere convertir podría llegar a ser un supuesto de hecho punible. Ahora bien, el trazado de la línea divisoria entre el lícito ofrecimiento de una opción fideísta (proselitismo legal) y los ruegos tenaces potencialmente vulneradores de la inmunidad de coacción de que debe gozar un individuo respecto a sus creencias (proselitismo ilegal) es una cuestión que deberá decidir con suma cautela los jueces desde la interpretación extensiva de la libertad religiosa» (168). En efecto, no parece sencillo delimitar el hecho punible en este caso, puesto que la interpretación antes expuesta parece llevarnos a una modalidad de *stalking* religioso, esto es, a un acecho o acoso mediante el proselitismo que para poder ser castigado específicamente por este precepto (y no por el genérico) deberá suponer un menoscabo en la libertad religiosa de la víctima. Tal situación parece poco probable y, además, no parece que sea eficaz para vulnerar el bien jurídico protegido.

Como condición indispensable en el primer numeral, el sujeto pasivo debe pertenecer a una confesión religiosa, es decir, ser miembro de un culto religioso. Dos cuestiones fundamentales suscitan algunas dudas sobre la amplitud del tipo penal: en primer lugar, la oficialidad de la propia entidad religiosa y, en segundo término, la oficialidad de la pertenencia del individuo al grupo religioso.

De este modo, cabe plantearse si el tipo penal se refiere a todas las confesiones religiosas o tan sólo a aquellas que se encuentren inscritas en el registro de entidades religiosas. Se trata de una cuestión de oficialidad *versus* extra-oficialidad de los cultos, conforme a nuestro ordenamiento jurídico estatal en materia eclesiástica; huelga decir que de esta diatriba quedan excluidas las denominadas sectas destructivas, que tendrán un tratamiento penal propio, como tendré oportunidad de exponer *infra*, pues serán consideradas *ilícitas* y no meramente *alegales* o *extraoficiales*, esto es, no reconocidas oficialmente en el registro de entidades religiosas.

La interpretación al respecto no ha sido pacífica en la doctrina. Algunos autores, consideran que dicha inscripción es necesaria como

(168) *Vid.* FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», *ob. cit.*, p. 386.

elemento del tipo penal imprescindible (169), mientras que otros, consideran que no lo es, amparándose en una interpretación sistemática y literal, pues cuando el legislador ha querido exigir la inscripción lo ha hecho expresamente (170) (por ejemplo, en el art. 523 CP). Más aún, Ramírez Navalón interpreta el bien jurídico protegido por ambos preceptos –art. 522 y art. 523 CP– como distinto, «así, mientras que en el art. 522.1 se está protegiendo la libertad religiosa en su aspecto individual, de la persona, en cambio en el art. 523, se protege de forma colectiva» (171).

La problemática de considerar que tienen cabida todas las confesiones religiosas, incluidas las no reconocidas por el Estado, «planteará el problema de la determinación de que efectivamente se trata de una confesión religiosa, quedando tal decisión en manos del juez, lo que hipotéticamente podría desembocar en una situación de discrecionalidad al no existir en nuestra legislación unos criterios definidores de los requisitos necesarios para poder adquirir el estatus de confesión religiosa» (172).

Sobre la segunda cuestión planteada, parece especialmente importante cuestionarse sobre la amplitud y formalidad del concepto «*miembro de una confesión religiosa*», puesto que si seguimos una interpretación estricta, deberíamos prestar atención a los convencionalismos e, incluso, protocolos propios de admisión de cada congregación religiosa. Así, el significado literal de la voz «*miembro*» nos remite a «*individuo que forma parte de un conjunto, comunidad o cuerpo moral*», por lo que será necesario para la consecución del tipo penal la pertenencia formal de la víctima a un culto religioso (173), de tal modo que la problemática se traslada a la actividad probatoria

(169) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 981.

(170) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 375; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 663; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: El derecho a la formación... ob. cit., p. 254, quien indica que es un «acierto» no exigir tal condición; FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 384.

(171) Cfr. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 663.

(172) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 375.

(173) En efecto, el sujeto pasivo del tipo penal es exclusivamente un miembro de una confesión religiosa, Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», ob. cit., p. 160; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 2104; no incluyéndose la protección de la libertad de los que profesan unas convicciones ideológicas para practicar o asistir a los actos propios de las mismas; Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 254.

sobre los registros de la propia entidad. En definitiva, si interpretamos de forma literal el precepto deberíamos demostrar efectivamente que el sujeto pasivo es miembro activo y reconocido de la entidad religiosa, quedando tal actividad y su alcance dentro de las exigencias propias de la confesión religiosa (174). Serán, pues, miembros de una congregación religiosa los religiosos dedicados al culto y reconocidos institucionalmente por la misma (175).

Así, cabe plantearse cuál es el estatuto de los miembros de una determinada congregación y cuáles son las obligaciones o requisitos que establece la entidad religiosa para corroborar la verdadera pertenencia de un individuo a la misma. Sin embargo, si admitimos una extensión amplia del concepto congregación religiosa incluyendo en la protección del tipo penal aquellas que no se encuentren oficialmente registradas, dependeríamos de consideraciones arduo complejas de demostrar, puesto que cada culto no oficial puede reclamar como propios y pertenecientes a ella a cualquiera que profese su fe, siendo en muchos casos prácticamente imposible establecer un criterio de distinción. Bastará, en fin, que la entidad o culto reclame para sí a la víctima como miembro de su congregación e, incluso, que ésta se identifique como tal, sin que se corrobore de modo alguno su pertenencia oficial al mismo.

En la mayor parte de las ocasiones, nos encontraremos con que no existen registros oficiales ni censos de miembros de una congregación no oficialmente registrada, o que los criterios para establecer tal oficialidad pudieran ser apabullantemente laxos e, incluso, inexistentes. Además de ello, no faltará quien argumente, con razón, que si el tipo supone impedir que se practique algún acto propio de una creencia religiosa, el mero hecho de que la víctima realice dicho acto ya manifiesta su pertenencia a la congregación, sin necesidad de mayores formalismos o registros. En definitiva, lo que se protege es la libertad religiosa del individuo y no exclusivamente a los miembros oficiales de una entidad religiosa.

No obstante, una interpretación del tipo en la anterior dirección propuesta podría dar un sentido o solución a las críticas que un sector de la doctrina ha elevado en torno a la desigualdad que se establece

(174) En este sentido, no me refiero aquí a una conducta activa en su interpretación coloquial, sino a que se cumplan los requisitos que la entidad religiosa establezca como «estándar» a sus fieles.

(175) Para resolver esta cuestión, en opinión de Ferreiro Galguera, para determinar quiénes son miembros de una confesión habrá que acudir a técnicas de remisión, es decir, acudir a lo que la propia confesión establezca, por lo que hubiera sido mejor si se hubiera ampliado el sujeto pasivo a «cualquier persona»; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 246.

entre los creyentes y no creyentes (176), puesto que, en el caso de los segundos, si lo que se impidiera fuese asistir o llevar a cabo actos derivados de su libertad de pensamiento, nos encontraríamos ante un delito de coacciones (177).

De hecho, la pena de coacciones referida a un derecho fundamental, como son tanto la libertad ideológica como la libertad religiosa, es comparativamente más dura que la establecida por el art. 522.1 CP (178), de modo que, sin criterio objetivo alguno para determinar la oficialidad de pertenencia a una congregación religiosa ¿qué impediría utilizar la exasperación punitiva contenida en el art. 8.4 CP? Obviamente, en este supuesto, sí existe un criterio que solucione el concurso de leyes penales: el de especialidad, recogido en el art. 8.1 CP (179). En este caso, sin embargo, ¿Por qué la protección penal de la libertad ideológica y la libertad religiosa es desigual? Algunos autores entienden que con ésta regulación se vulnera la especificidad del derecho a la libertad religiosa (180), mientras que Llamazares Fernández justi-

(176) *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S., y CARBONELL MATEU, J. C.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 712.

(177) *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, p. 179; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 255.

(178) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 624; quienes indican que «sorprende la pena conminada por la inferior cuantía que supone en comparación tanto con la asignada a los ataques a la libertad genérica y a otros derechos fundamentales». De la misma opinión MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», *ob. cit.*, p. 1073, quien demanda una mayor protección penal; RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Delitos contra...», *ob. cit.*, p. 905.

(179) No obstante, como explica CALDERÓN CEREZO, A.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 1169, «la relación entre ambos preceptos [las coacciones genéricas y el tipo específico aquí estudiado] se enturbia por el juego del segundo párrafo del art. 172 (...) la interpretación gramatical del texto determina la aplicación del art. 172 según la regla de la alternatividad por la menor pena prevista para el delito que se examina». Al respecto, *Vid.* CALDERÓN CEREZO, A.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 656. Favorables a la aplicación del principio de especialidad, VIVES ANTÓN, T. S., y CARBONELL MATEU, J. C.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 713; SAMANIEGO MANZANARES, J. L.: «Código penal...», *ob. cit.*, p. 1368.

(180) *Vid.* además de los antes citados, MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 257 y VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», *ob. cit.*, p. 2299, quien expone que «lo que resulta evidente es que la técnica empleada por el legislador es, ciertamente defectuosa, y que sería conveniente que se convirtiera el artículo 522 en un verdadero delito especial frente a los delitos de coacciones y amenazas, agravado en función de la mayor protección que se dispensa al bien jurídico del precepto». Si bien puedo compartir la conclusión respecto a la falta de una adecuada técnica legislativa que especialice el precepto, no encuentro justificación alguna para agravar esta clase de conductas respecto a las coacciones y amenazas que afecta a la formación de la voluntad de actuar del sujeto o a su tranquilidad y seguridad.

fica la diferencia de tratamiento en que el proselitismo es una obligación de conciencia para quien tiene creencias religiosas, lo que podría considerarse como atenuante (181).

En cuanto a las conductas a las que se vería forzado el sujeto, la fórmula es un tanto reiterativa (182), incluyendo actos de culto, ritos y actos reveladores de profesar una religión. De hecho, los términos «*acto de culto*» y «*rito*» son prácticamente sinónimos semánticamente, puesto que el segundo nos remite a un «*conjunto de reglas establecidas para el culto y las ceremonias religiosas*» (183). Parece claro que el legislador quiso incluir cualquier acto de corte religioso o ideológico (184), pudiendo haber usado la fórmula amplia contenida en el primer numeral («*actos propios de las creencias*» de una confesión religiosa o un grupo ideológico) en la que, como indicábamos, quedan contenidos tanto actos de cultos como cualesquiera otros actos religiosos y de convicción. Por otra parte, Martín Sánchez entiende que debería haberse incluido la expresión «*o ceremonias de los grupos ideológicos*» (185) que no puede quedar incluida en el término ritos (186).

Un supuesto paradigmático es el de coaccionar a la víctima para que se ponga (o no) una vestimenta (v.gr.: *burka*) o simbología distintiva de una confesión religiosa contra su voluntad (187). Aunque tal actitud podría quedar incluida dentro de la expresión «*realizar actos revelado-*

(181) Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: «Derecho de la libertad de conciencia...», II. ob. cit., p. 596. Para ello se apoya en la STEDH de 27 de mayo de 1993, Caso *Kokkinakis vs Grecia*.

(182) Vid. CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 1297.

(183) Voz «*rito*» (*Del lat. ritus*) 2.m. según el significado que le otorga el Diccionario de la Lengua Española (DRAE) en su 22.ª Edición.

(184) No obstante, Morillas Cueva apunta que la inclusión del término ritos no puede pasar desapercibida, aunque finalmente le otorga un significado amplio enmarcado en la libertad de conciencia y de culto; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1072. Cabe, sin embargo, otra interpretación más amplia conforme a lo establecido por el Comité de Derechos del Hombre de la ONU (Observación de 20 de junio de 1993), que abarca también las ceremonias que expresen una convicción; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., pp. 249 y 250; el mismo: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 385. Para Liñán García la inclusión del término «ocasiona el mismo efecto extensivo del tipo»; Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 825; LAMARCA PÉREZ, C.: «Delitos contra la Constitución», en VV. AA.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 950, indica que la diferencia entre actos de culto y ritos supone que éstos últimos no tienen por qué tener una vinculación religiosa.

(185) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 256.

(186) Como parece ser que fue la intención, según apunta TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 2104.

(187) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 384.

res de profesar o no profesar una determinada religión» (188), lo cierto es que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional habría que distinguir en qué supuestos tales vestimentas suponen simplemente un signo de sumisión, lo que quedaría englobado en el delito de coacciones (189); o, por el contrario, suponen una manifestación de la identidad cultural o religiosa, lo que sí encajaría con el tipo penal específico.

A diferencia del anterior apartado, en el art. 522.2 CP no se exige la membresía en una congregación religiosa, por lo que cualquier sujeto puede ser víctima de este delito, de tal modo que la distinción entre creyentes y no creyentes en este supuesto no procede (190). Consecuencia de ello es que el sujeto pasivo de este delito podrían ser también los ateos (191). Tal distinción, recogida por el legislador, apoyaría el argumento de la necesidad de establecer la oficialidad de los miembros de una entidad religiosa. Lo que resulta más aceptado es que el término miembro de una confesión religiosa engloba también a sus ministros de culto (192).

Sobre los medios empleados para llevar a cabo las conductas descritas en este segundo apartado, deben ser la violencia, la intimidación, la fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo. Por violencia debe considerarse el empleo de la fuerza física (*vis física*) sobre las personas y con cierta intensidad (193), mientras que la intimidación debe ser interpretada de modo análogo a las amenazas (*vis psíquica o moral*) y la fuerza como violencia en las cosas (*vis in rebus*) (194). Se ha discutido acerca de la inclusión o no, dentro de la expresión típica «apremio

(188) En opinión de FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., pp. 385 y 386, «Loable sin embargo es haber utilizado la expresión «realizar actos reveladores» en vez de los verbos declarar, empleado en la Carta Magna, o manifestar, plasmado en la LOLR. Se trata de una enunciado más coherente con lo exigido por los Convenios Internacionales suscritos por España que incluye no solamente las declaraciones o manifestaciones orales, escritas o gestuales, sino cualquier manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, expresada por medio de la enseñanza, la observancia y práctica de esa religión, o los actos de culto».

(189) Vid. ESCOBAR MARÍN, J. A.: «El Derecho a la libertad religiosa y sus límites», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, Vol. XXXIX, 2006, p. 92.

(190) Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 663.

(191) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia penal...», ob. cit., p. 325.

(192) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÁLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 980.

(193) Vid. SAP Cantabria 81/2016 de 26 febrero, que no califican como violencia suficiente el arrebatar un micrófono y dirigir gritos de protesta contra el imán.

(194) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2295.

ilegítimo» (195) de la coerción psicológica. La expresión «apremio ilegítimo» hace referencia a un tipo de coerción que supone compeler u obligar a alguien con mandamiento de autoridad a que haga algo prontamente, y que parece tener sentido en aquellos supuestos limítrofes con el deber de sacrificio o de obediencia debida por cargo u oficio (196).

Mientras que ningún inconveniente suscita incluir en el tipo penal la coerción psicológica realizada por terceros (197), la problemática sobre tal consideración se establecía en torno al papel de manipulación psíquica de las denominadas sectas destructivas (198). Así, algunos autores, como Ramírez Navalón, entienden que «la exclusión de la tipificación de las técnicas de coerción psicológica llevadas a cabo por las llamadas sectas destructivas, ponía en peligro la seguridad jurídica, al mismo tiempo que suponía una limitación de los derechos individuales al tener que definir jurídicamente qué debía entenderse por secta» (199). En opinión de Rossell Granados, la punición de las

(195) Sobre la significación de apremio ilegítimo como actos de coacción dentro de la relación jerárquica, *Vid.* CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...», *ob. cit.*, p. 1298, quien se apoya en la STS (Sala 5.ª) de 14 de julio de 1994. Para Tamarit Sumalla, la interpretación es más amplia, incluyendo determinados medios de sustitución de la voluntad, como la hipnosis o los narcóticos; *Vid.* Tamarit Sumalla, J. M.: «De los delitos...», *ob. cit.*, pp. 2103 y 2104; en contra de esta última interpretación, *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 274, quien interpreta la expresión como compeler a otro a que haga prontamente una cosa mediante medios contrarios a derecho; *Vid.* FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», *ob. cit.*, p. 383, con cita al Auto 551/1985, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional; VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», *ob. cit.*, p. 2295 y 2296. Para LAMARCA PÉREZ, C.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 951 la expresión haría referencia a «una situación de abuso que no llega a ser constitutiva de intimidación».

(196) Sobre esta interesante cuestión, *Vid.* VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», *ob. cit.*, p. 2296 y nota al pie núm. 31.

(197) Algunos autores consideran superflua la inclusión de los supuestos de fuerza y cualquier otro apremio ilegítimo, ya que de una u otra forma quedan incluidos en los términos de violencia o intimidación. Así, SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», *ob. cit.*, p. 981. En opinión de LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Las sectas y los nuevos movimientos religiosos (NMR). Problemas de su tratamiento jurídico: ¿reconocimiento o prohibición?», en *Ius Canonicum*, XXXVII, Núm. 74, 1997, p. 480, es perfectamente posible entender esta clase manipulación psicológica dentro del tipo penal del art. 522.

(198) *Vid.* FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», *ob. cit.*, pp. 384 y 385.

(199) *Vid.* RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...» *ob. cit.*, p. 663. También críticos en este aspecto, *Vid.* BUENO SALINAS, S.: «El ámbito de amparo...» *ob. cit.*, p. 199; FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, p. 46; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El Derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 253 y 254; PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, p. 195; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El Derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 275. En contra, TAMARIT SUMALLA, L.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, pp. 245 y 246; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», *ob. cit.*, p. 170.

técnicas de persuasión y coerción psicológica deberá llevarse al art. 515 y siguientes (200).

Quedan fuera el tipo penal y de la expresión «apremio ilegítimo» en él contenida, los actos de restauración que cierren o suspendan temporalmente el acceso a imágenes de culto o lugares consagrados al mismo (201). También quedarán sin castigo aquellos actos que impidan practica los actos propios de las creencias que se profesen o asistir a los mismos si se encuentran amparados en una causa de justificación, como es el caso del ejercicio de un cargo u oficio por razones de seguridad (202).

Finalmente, en cuanto al tipo subjetivo del ilícito, algunos autores, acertadamente en mi opinión, identifican un dolo específico de atentar contra la libertad religiosa dejando al margen conductas englobadas en la mera protesta (203). De no darse este elemento subjetivo específico, las conductas resultarían impunes o serían constitutivas de otros delitos contra la libertad de formación de la voluntad (204).

IV. TUTELA PENAL FRENTE A LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS: SECTAS DESTRUCTIVAS (ART. 515.3 CP) Y GRUPOS ANTIRRELIGIOSOS (ART. 515.4 CP)

En el siguiente epígrafe se realiza un alto en la sistemática de los delitos aquí tratados, saliendo fuera de la rúbrica de los delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos para tratar una cuestión tangencial y conectada tanto con el fenómeno religioso y su tutela penal, como con los aspectos anteriormente tratados en relación a los delitos de odio religioso. Asimismo, ya se ha hecho alusión a la delimitación entre las sectas destructivas y las confesiones religiosas no registradas. Por ello, considero que la inclusión de estos dos tipos delictivos era necesaria en el presente trabajo.

En el art. 515.3 CP recoge entre las denominadas asociaciones ilícitas, aquéllas «*que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios*

(200) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 376.

(201) Tal y como se expone en el Auto de la AP de Madrid, núm. Resolución 793/2011, de 23 de noviembre de 2011.

(202) Vid. SAP Madrid 712/2011 de 26 octubre, que absuelve a los agentes de la Guardia Civil que impide el acceso al templo del Valle de los Caídos, siguiendo prohibición de la superioridad por razones de seguridad.

(203) Vid. SAP Cantabria 81/2016 de 26 febrero, donde se advierte que «una cosa es impedir rezar o impedir asistir, y otra muy distinta discrepar sobre la idoneidad o inidoneidad de quien dirige las oraciones».

(204) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2299

violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución». Con esta inclusión quedan solucionados los anteriores problemas sobre la coerción psicológica de las sectas destructivas (205), pues el precepto viene a dar respuesta a la necesidad de proteger un aspecto de la libertad, entendido como proceso de actuación (206) de la voluntad (207), psique (208) o desarrollo de la personalidad (209).

(205) Sobre las sectas destructivas, *Vid.* MOTILLA, A.: «Sectas y Derecho en España...», ob. cit. Y también, JORDÁN Y VILLACAMPA, M. L.: *Las sectas pseudoreligiosas*. Madrid, 1991; la misma autora: «Aproximación al tema de las sectas pseudoreligiosas», en VV. AA.: *Dimensiones jurídicas del factor religioso: estudios en homenaje al profesor López Alarcón*. Universidad de Murcia, 1987, pp. 255-266; «Las confesiones religiosas y las sectas», en VV. AA.: *Sínodos españoles, confesiones y sectas, uniones de hecho*. Madrid, 15-17 abril 1998, 1999, pp. 85-99; y «Las sectas pseudoreligiosas», en García Hervás, D. (Coord.): *Manual de derecho eclesiástico del Estado*. Colex, Madrid, 1997, pp. 189-201. Sobre esta cuestión, se ha escrito recientemente una tesis doctoral con carácter exhaustivo: BARDAVÍO ANTÓN, C.: *Las sectas en derecho penal*. (Tesis doctoral inédita). Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017. El Informe de la Comisión de cuestiones jurídicas y derechos humanos del Consejo de Europa, de 13 de abril de 1999, sobre actividades ilegales de las sectas, se remite a la Recomendación 1178 (1992), en la que se estimaba inoportuno el recurso a una legislación mayor sobre sectas dado que podría suponer una amenaza para la libertad de conciencia y de religión garantizada por el art. 9 de la Convención europea de los derechos del hombre, e invita a los Estados miembros a utilizar los procedimientos normales de Derecho penal y civil contra las prácticas ilegales realizadas en nombre de grupos de carácter religioso, esotérico o espiritual. Al respecto, *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M.: «El Derecho penal ante el fenómeno sectario», en *Eguzkilore*, Núm. 18, 2004, p. 270.

(206) Y no en el momento de la decisión de la misma. Sobre la diferenciación, *Vid.* REDONDO ANDRÉS, M. J.: *Factor religioso y protección penal*. Newbooks Ediciones, Pamplona, 1998, pp. 301 y ss.; GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 151. Por lo tanto, tal y como vengo sosteniendo, queda fuera del ámbito de protección la libertad de conciencia.

(207) *Vid.* RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., pp. 664 y 665; GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 149.

(208) Según expone Goti Ordeñana, cuando las sectas religiosas o no provocan un daño en la psique de la persona suelen tomar denominativo de sectas destructivas; *Vid.* GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 147; al respecto, también *Vid.* MAQUEDA ABREU, M. L.: «Sectas y Derecho Penal: Una aproximación a su análisis desde la jurisprudencia de los tribunales», en VV. AA.: *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 182; la misma autora: «Las sectas destructivas ante el Derecho», en *Eguzkilore*, núm. 18, 2004, p. 231 y nota al pie núm. 8. Sobre esta cuestión, es importante tener en cuenta los posibles concursos con los delitos de lesiones, al suponer un menoscabo de la integridad psíquica de la persona. Sin embargo, *Vid.* STS, de 30 de octubre de 1994, que no admite como lesiones algunos de las consecuencias psicológicas de la manipulación mental de las sectas.

(209) *Vid.* GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 150, si bien posteriormente admite, siguiendo a Martín Sánchez, una tutela genérica e indirecta de la libertad de conciencia. También podríamos apoyarnos en la STS de 23 de marzo de 1993, que literalmente indica que el objetivo de la secta encausada era el de «cambiar la personalidad».

Sobre esta cuestión, me parecen ilustrativas las palabras de Tamarit Sumalla sobre el alcance la intervención penal en la manipulación llevada a cabo por las sectas destructivas: «Las técnicas de «lavado de cerebro» o «control mental», denunciadas por los grupos anti-sectarios, difícilmente pueden contener los ingredientes necesarios para dar lugar a una anulación de la voluntad del sujeto pasivo susceptible de integrarse en uno los tipos delictivos de coacciones, amenazas o detenciones ilegales. Más allá de la fascinación lingüística que pueden ejercer, expresiones de este género no son capaces de identificar por sí solas procesos de anulación o sustitución de la voluntad jurídicamente susceptibles de calificación con arreglo a las categorías convencionales. Los hechos no revestirán dimensión delictiva mientras el sujeto tenga capacidad de resistencia ante las conductas que se le imponen desde el grupo. El Derecho no puede seleccionar entre los supuestos de bombardeo afectivo, manipulación del ambiente y de las emociones, cambio de dieta, privación de espacios de intimidad, hechos que reclaman su intervención si quien lo sufre no es privado de la libertad de abandonar un acto o reunión en cualquier momento en que lo desee. Amenazar con castigos divinos o engañar respecto a la verdadera identidad del grupo no son tampoco suficientes para colmar las exigencias de la ley penal» (210).

Para Martín Sánchez, este artículo tutelaría el derecho a la formación de la conciencia (211) contra los ataques directos, entendidos como actividades de proselitismo y adoctrinamiento ilegítimo (212). Al respecto, mantengo mi postura de distinción entre la voluntad, personalidad y sus manifestaciones y la conciencia del sujeto (213). Ade-

(210) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «El Derecho penal...», ob. cit., p. 272.

(211) Como, de hecho, se intentó instaurar en los Proyectos anteriores al Código penal vigente; Vid. GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 151.

(212) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 276.

(213) Sobre esta cuestión, también me remito a lo expuesto por Maqueda Abreu, quien indica que «hay que contar, asimismo, con que los instrumentos legales existentes para asegurar la defensa de la libertad de voluntad de los individuos no son los más adecuados. En particular, los punitivos, que se muestran inidóneos tanto cuando se trata de preservar la libertad de conciencia frente a actos de proselitismo ilegal como cuando se pretende garantizar su libre ejercicio frente a un comportamiento sectario violento o intimidatorio»; Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: «Las sectas destructivas...», ob. cit., p. 236. No son partidarios de una reforma que incluya en este precepto como bien jurídico protegido la libertad de conciencia: NAVAS RENEDO, B.: *Tratamiento jurídico de las sectas. Análisis comparativo de la situación en España y Francia*. Comares, Granada, 2001, p. 492; MAQUEU ABREDA, M. L.: «Sectas y Derecho Penal...», ob. cit., p. 34.

más de ello, los medios para llevar a cabo una verdadera manipulación de la conciencia del sujeto son prácticamente inimaginables en Derecho penal (aunque la ciencia ficción no es tan lejana (214)). En efecto, habrá que estar con Maqueu Abreda cuando afirma que «el delito secratario se va configurando paulatinamente como un delito que, más allá de la libertad de conciencia, se propone tutelar la integridad personal de sus víctimas» (215).

También será necesario advertir que, aunque en este estudio nos centremos en una dimensión más ideológico-religiosa, el propio concepto de secta destructiva puede considerarse en su vertiente socio-jurídica, es decir, al margen de cuestiones teológicas. Esta definición toma como punto de referencia para su clasificación la conducta social. Hace énfasis muy particularmente en aquellos comportamientos grupales que dañan a la sociedad, que violan los Derechos humanos y que destruyen a la persona que es captada por una organización. Una secta es, según la definición sociológica, cualquier organización que propicie esto, independientemente de su ideología, antigüedad, popularidad o número de miembros. Esta definición tiene la ventaja de que no se circunscribe al ámbito religioso, pues abarca incluso a subgrupos políticos, psicoterapéuticos, pseudo científicos, culturales, etc. (216) Por tanto, las actividades de la secta no tienen por qué abarcar la manipulación de la conciencia del sujeto o su libre desarrollo.

En opinión de Tamarit Sumalla, con la redacción del precepto «se produce un salto muy cuestionable, que invierte el orden lógico de las cosas, al definirse el carácter ilícito de la asociación mediante hechos que en sí no han sido definidos como delito, lo cual supone incurrir en inconstitucionalidad, ya que el art. 22.2 CE declara como ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito» (217). En efecto, nuestra jurisprudencia menor ha entendido que para que se encuadre en este tipo penal, el fin de la asociación debe ser la comisión de delitos y esa finalidad debe ser de la propia entidad, no de algunos de sus individuos, por ello se exige

(214) Vid. MERKEL, R.: «Nuevas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición mental humana y límites del Derecho penal», en Demetrio Crespo, E. (Dir.) y Maroto Calatayud, M. (Coord.): *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Edisofer, Madrid, 2013, pp. 7 y ss.

(215) Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: «Las sectas destructivas...», ob. cit., p. 245.

(216) Así lo ha estimado la SAP de Las Palmas, de 8 de marzo de 2013, Fundamento Jurídico Cuarto, apoyándose en la investigación de Severiano Benedicto Rodríguez.

(217) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «El Derecho penal...», ob. cit., p. 276.

que haya sido buscada o creada con tal fin (218). Diferente interpretación es la de Martín Sánchez, que entiende que la mención expresa a estos medios en el propio precepto ya los considera tipificados como delito (219). Por su parte, Maqueu Abreda entiende que si el precepto referido pretende describir los métodos característicos de esta clase de grupos (persuasión coercitiva) en la interpretación –que es la que aquí se sigue– de que son capaces de provocar un estado de esclavitud psíquica y de despersonalización que llegue a afectar no sólo ya a la autonomía individual sino a la propia identidad personal de quien se ve sometido a ellos, existe una figura penal idónea para comprenderlos en los delitos contra la integridad moral (arts. 173 y 174 CP) (220).

Respecto a los elementos descriptivos del tipo penal, por «medios violentos» debe entenderse el empleo de la fuerza sobre las personas. En este punto, sin embargo, podríamos estar ante un concurso de leyes penales con las lesiones y las coacciones (221). Para algunos autores, como Ramírez Navalón, la alteración o control de la personalidad no es un medio, sino el resultado de otros medios empleados (222). Según la mayor parte de la doctrina, cabrían como medios para la realización del tipo algunas vías generadoras de trastornos en la psique

(218) Vid. SAP Barcelona, de 15 de febrero de 2000; SAP Alicante de 12 de abril de 2011; y STC 46/2001, de 15 de febrero, sobre la secta *Moon*. Al respecto, Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: «Sectas: situación legal en España», Ponencia presentada en la reunión anual de la Federación Europea de Centros de Información e Investigación sobre Sectarismo (FECRIS). Salses Le Château, 2012, p. 1.

(219) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 280 y 281.

(220) Vid. MAQUEDA ABREU, M. L.: «Las sectas destructivas...», ob. cit., p. 245. Sobre esta cuestión, es interesante el análisis del Auto de la AP de Barcelona, núm. de resolución 458/2012, de 27 de abril, que parece relacionar las conductas delictivas con esta clase de delitos, con el tenor literal siguiente: «*el delito del art. 173 del CP requiere la existencia de un trato degradante y el resultado de menoscabar gravemente la integridad moral del sujeto pasivo. Por trato degradante debe entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral (STS 29-9-98), lo que supone una cierta permanencia o repetición del comportamiento degradante. Por tanto, no puede afirmarse ab initio que los hechos denunciados no sean constitutivos de delito, por lo que deberán practicarse las diligencias necesarias al objeto de determinar si el grupo liderado por la denunciada es o no una secta, si manipuló a los denunciantes, si ejerció sobre ellos un trato denigrante, si les coaccionó, etc.*».

(221) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 279. Al respecto, también, Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «El Derecho penal...», ob. cit., p. 273.

(222) Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 665.

de las personas, mediante narcóticos, hipnosis, control mental, síndrome disociativo atípico, etc (223). En definitiva, lo importante será el resultado de manipulación psicológica que impide el ejercicio de la voluntad y el poder de libre decisión por parte de la víctima, pudiendo ser los medios utilizados para conseguirlo muy heterogéneos, desde la hipnosis o el uso de drogas, hasta las técnicas de «*lavado de cerebro*» más sutiles llevadas a cabo por las sectas (224). Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto, actualmente no hay criterios jurisprudenciales consolidados para evaluar los efectos de adoctrinamiento sectario o la manipulación mental (225), por lo que los tribunales no han llegado a considerar la completa supresión de la voluntad del adepto, sino solo la «ofuscación del raciocinio» y «pérdida de capacidad crítica» (226). Por ello, quizás sea conveniente ceñirnos a una interpretación del tipo penal restrictiva, entendiendo como medios de control mental aquéllos de comprobación más plausible (227) (hipnosis, drogas, dietas, operaciones quirúrgicas, etc.) que llevan a un estado de incapacidad de entendimiento del sujeto (228), es decir, a un trastorno

(223) Vid. GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 151, también cabe el debilitamiento corporal y las técnicas de sumisión psicológicas.

(224) Vid. GOTI ORDEÑANA, J.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 148.

(225) De hecho, algunos autores han puesto en tela de juicio el alcance y significado de los conceptos «lavado de cerebro» y han propugnado su despenalización, Vid. POLAINO LORENTE, A.: «Las sectas y los problemas personales», en VV. AA.: *Tres reflexiones sobre sectas*. Pamplona, 1999, p. 87; FONT BOIX, I.: *Sectas, libertad de conciencia y Derecho penal*. Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. José Bernal Pascual en la Universidad de Navarra, 2002; el mismo autor: «Propuesta de despenalización radical en la legislación española de los medios de control o alteración de la personalidad en relación con las llamadas sectas», en *Cuadernos Doctorales*, Vol. 20, 2003, pp. 89 y ss.; el mismo: «El concepto de manipulación mental en relación con las sectas», en *Ius Canonicum*, n.º 83, 2002, pp. 337 y ss.

(226) Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C.: «Sectas: situación legal...», ob. cit., p. 3. En el mismo sentido: MAQUEDA ABREU, M. L.: «Las sectas destructivas...», ob. cit., pp. 231 y 232, con abundantes citas sobre la jurisprudencia penal.

(227) Como ha expuesto Vázquez Honrubia, «no por la persuasión y el razonamiento, sino mediante procedimientos más o menos científicos, y en todo caso eficaces, de destrucción de la personalidad y de control mental. La robotización de seres humanos que convierte a los individuos en meros instrumentos al servicio del jefe sin la mínima posibilidad ni aún capacidad de autocrítica»; Cfr. VÁZQUEZ HONRUBIA, J. M.: «El Código Penal de 1995 y las organizaciones sectarias», en *Infosect, Boletín de la Asociación AIS*, 2001. En un similar sentido, Vid. FONT BOIX, I.: «El concepto de manipulación mental...», ob. cit., p. 335. Al respecto, también Vid. MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 848.

(228) En una línea muy similar a la propuesta por TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 249.

de la personalidad nocivo y diagnosticable (229). La privación de libertad de los miembros captados por la secta deberá llevarse a los delitos contra la libertad ambulatoria (230), así como algunos menos-cabos patrimoniales a supuestos de estafa (231).

Sobre esta temática es interesante el estudio de la de SAP Alicante 143/2011, de 6 abril, sobre el Caso Congregación del Olivo, en la que se indica que «el hecho de que se trate de una comunidad religiosa que persiga un modelo de vida distinto a los esquemas generalmente admitidos en la realidad social vigente en la actualidad en nuestro país, y poco porosa con el exterior, no constituyen elementos que permitan tacharla de secta destructiva, no concurriendo, por otra parte, los presupuestos exigidos jurisprudencialmente para el delito de asociación ilícita, no empleándose en la Congregación medios violentos o de alteración o control de la personalidad para la consecución de sus fines». En este caso, no quedó acreditada la existencia de labores de control mental y despersonalización de los miembros de la Congregación. Los adeptos, conforme al fallo del Tribunal, «encascarados» en

(229) En este sentido, considero determinante un informe pericial forense o un diagnóstico previo, tal y como se expone en el AAP de Barcelona, antes citado: «se acompaña a la denuncia el informe de un psicólogo especialista en sectas que concluye que los denunciados pudieron sufrir un proceso de manipulación psicológica compatible con el que es posible observar entre las llamadas sectas destructivas y que la sintomatología que presentan los mismos es congruente con un trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo, junto con un trastorno disociativo no especificado, resultantes de su estancia prolongada en el grupo de Zulma». No obstante, hay que tener en cuenta la advertencia inserta en la SAP de Alicante de fecha 6 de abril de 2011, que establece «los reconocimientos psicológicos se efectúan tras la salida de los miembros del grupo, desconociéndose por tanto, los trastornos adaptativos y las fobias que podían sufrir cuando entraron a formar parte del mismo, pudiendo por otra parte, responder los trastornos apreciados por los psicólogos a la sensación de permanecer durante un importante periodo de su vida en el seno de una organización con fuertes lazos de dependencia y en la que se ha perseguido una comunidad de vida, la abandona». Se exige, por tanto, que se acredite probado que la repercusión psicológica este en relación de causalidad con el periodo de pertenencia a la secta. Sobre esta cuestión, Vid. AAP Murcia, núm. Resolución 298/2011, de 27 de junio de 2011. Por tanto, a pesar de la postura aquí mantenida, más objetiva y tendente a la seguridad jurídica, se aprecian dificultades probatorias.

(230) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «El Derecho penal...», ob. cit., p. 272. En este sentido, algunas propuestas de modificación que incluyan la dependencia psicológica en el tipo son bien recibidas; al respecto, Vid. JORDÁN Y VILLACAMPA, M. L.: «Las sectas pseudoreligiosas...», ob. cit., p. 103. Parece de la misma opinión, NAVAS RENEDE, B.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., p. 293.

(231) Vid. MAQUEDA ABREU, M. L.: «Sectas y Derecho Penal...», ob. cit., p. 202, la misma: «Las sectas destructivas...», ob. cit., p. 233; y también, NAVAS RENEDE, B.: «Tratamiento jurídico...», ob. cit., pp. 305 y ss.

el seno de la Congregación del Olivo, asumieron voluntariamente la forma de vida preconizada por la misma, afín con las creencias religiosas que libremente eligieron profesar, sin que, en ningún caso fueran víctimas de tratos degradantes e inhumanos, ni de técnicas de adoctrinamiento tendentes a la manipulación y despersonalización. Más allá que en un determinado momento algún miembro de la Congregación pudiera sentir el vacío de los restantes miembros en un intento de afearle una determinada conducta; que hubiera chismorreos y críticas hacia determinados miembros; y que hubiera un grupo de adeptos que gozaran de mayor cercanía al Líder del culto; no se ha acreditado el empleo de métodos violentos o de alteración o manipulación de la personalidad para la consecución del control mental de sus miembros.

Por consiguiente, no quedó acreditado «el empleo de técnicas de persuasión coercitivas que propiciaran la destrucción o el quebranto de la personalidad de los miembros, no vulnerándose el derecho de toda persona a la libre formación de su conciencia, manteniendo conservadas los denunciantes sus facultades psíquicas y volitivas, tanto cuando decidieron entrar a formar parte y permanecer en la Congregación, como cuando decidieron abandonarla.

La Congregación podía practicar una doctrina religiosa más o menos fundamentalista, con exigencia intransigente de sometimiento a la doctrina o práctica establecida, circunstancia que en modo alguno la transforma en secta destructiva o en asociación criminal al no acreditarse la existencia de conductas tendentes a quebrantar la personalidad, disminuir la identidad personal y minar el equilibrio psíquico de sus miembros».

Una cuestión importante sobre la regulación penal de las sectas destructivas es que no se ha llevado a cabo una reforma respecto a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta el momento, se ha entendido en el caso de las sectas que los únicos responsables penalmente eran sus directores o gerentes (232). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la reforma de 2010 los preceptos no sufrieron modificación alguna sobre esta cuestión. La nueva reforma del Código penal, mediante *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de*

(232) Vid. GOTI ORDEÑANA, J.: «Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos en el nuevo Código penal», en *XVII Jornadas de la Asociación Española de Derecho Canónico*, Salamanca, pp. 428 y ss.; el mismo: «Tratamiento jurídico...» ob. cit., p. 147.

noviembre, del Código Penal (233) si bien modifica el precepto (234) para adecuarlo a la supresión de las faltas, no introduce tampoco tal previsión (235), quizá debido a la inserción que se realiza en el art. 520 CP sobre la disolución de las mismas.

Si el anterior tipo penal castiga la conformación de grupos pseudo-religiosos que pretenden la captación de víctimas a través de una manipulación psicológica, el art. 515.4 CP considera punibles aquellas asociaciones *«que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello»*.

El derecho a la libre expresión de las ideas no es ilimitado; puesto que pueden ser restringidas y reprimidas las que propaguen, inciten y justifiquen el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa. Pero estas limitaciones en ningún caso pueden establecerse sobre la base de presunciones sino previa comprobación de los hechos en los que se verifique la existencia de dicha incitación al odio (236).

En el aspecto subjetivo encontramos un elemento específico de odio religioso, pues el objetivo al que se encuentra ordenada la asocia-

(233) Vid. BOE de 31 de marzo de 2015.

(234) La nueva redacción mantiene el tenor siguiente: *«Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».

(235) Contrariamente a lo que ocurre con otros preceptos, como es el caso del nuevo art. 510 bis, con la siguiente redacción:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal».

(236) Cfr. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2307.

ción es el de discriminación y ataque contra una determinada fe religiosa. Será, por tanto, necesario que se demuestre este aspecto concreto, siendo la cuestión probatoria la que alcanza una mayor problemática.

La actual regulación distingue, a efectos de determinación de la pena, entre los miembros de las sectas destructivas y sus líderes, reservando para éstos últimos un mayor castigo penal (art. 517 CP). Asimismo, con motivo de un mayor reproche de la conducta, las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos –conforme a la interpretación auténtica del art 24 CP– que se vean involucrados en esta clase de asociaciones ilícitas conforme a lo anteriormente expuesto serán castigados, además de las penas previstas en el art. 517 CP, con la pena de inhabilitación absoluta de 10 a 15 años, que pasa a ser principal en estos supuestos (art. 521 CP).

Asimismo, los mecenas de estos grupos sectarios serán objeto de represión penal toda vez que «*con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad*» de los mismos (art. 518 CP).

Finalmente, además de las penas para los líderes y miembros de la secta se acordará la disolución de la misma y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del art. 129 CP (art. 520 CP).

V. PERTURBACIÓN DE CEREMONIAS RELIGIOSAS: ART. 523 CP

El delito protege la libertad religiosa en su dimensión colectiva (237), motivo que ha llevado a un sector de la doctrina a entender que, por ello, se exige la inscripción de las entidades religiosas (238).

(237) Vid. CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...», ob. cit., pp. 1299 y 1300; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 259; respecto a los antecedentes del artículo en la reforma de 1983, DE OTADUY, J.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 528; PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 207; GOTI ORDEÑANA, J.: «Protección penal de los derechos de libertad religiosa y de los sentimientos religiosos», en *Derecho y opinión*, Núm. 6, 1998, p. 277; LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 826; VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2299.

(238) Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 666. No obstante, tal consideración no ha estado exenta de críticas, Vid. GOTI ORDEÑANA, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 285; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 377, quien ha advertido que «el que no se extienda esta protección a las confesiones no inscritas nos parece una regresión y abunda en la idea de que lo que se tutela no es el derecho individual de libertad religiosa y de culto sino el derecho de

Como puede apreciarse, el objeto de protección se acota a la libertad de culto, con una vertiente práctica, tal y como establecen los verbos y palabras utilizados en la descripción típica para definir el atentado y el objeto penal protegido. El tipo penal (239) distingue entre las perturbaciones realizadas en el propio lugar de culto (240) y las llevadas a cabo en otras localizaciones, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 2 LOLR que otorga la competencia a las propias entidades religiosas para establecer la definición de tales sitios. En caso de existir acuerdo entre la entidad religiosa y los poderes públicos, la determinación de los lugares de culto se llevara a cabo mediante lo que disponga la normativa pactada.

La conducta ha de ser dolosa, esto es, intencional de causar una distorsión en la libertad de culto entre los congregados y obstaculizar a propósito los fines religiosos de la ceremonia (241). Sin embargo, el precepto no incluye ningún elemento subjetivo específico. Así, *impedir* supone imposibilitar, estorbar o suspender la ejecución del acto religioso. *Interrumpir* equivale a paralizarlo transitoriamente y, finalmente, *perturbar* supone alterar su esencia (242). La diferencia entre las distintas conductas también condiciona la naturaleza del tipo penal, puesto que impedir o interrumpir suponen la necesidad de un resultado concreto, mientras que perturbar consumaría el tipo con la mera actividad (243). Cabe el delito continuado, conforme a lo dis-

unas determinadas colectividades»; en el mismo sentido: LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», ob. cit., p. 162; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 247. Sin embargo, *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 258 y 259. Para LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 826, apoyándose en la crítica de Goti Ordeñana, de «considerar como sujeto de este derecho únicamente a las confesiones religiosas inscritas, estaríamos ante un supuesto de inconstitucionalidad», puesto que existen instituciones religiosas que por la Constitución tienen plenos derechos, y que no quieren inscribirse, sin que por ello dejen de ser legítimas asociaciones religiosas, con todos los derechos para ejercitar actividades religiosas.

(239) Analizado pormenorizadamente en la SAP Islas Baleares 102/2016 de 13 octubre.

(240) Por ejemplo, los hechos juzgados en las SAP de Ciudad Real 22/2010, de 6 de julio; SAP de Madrid 375/2011, de 18 de octubre.

(241) Han sido desestimados por nuestra jurisprudencia aquellos supuestos en los que no existía dolo específico de ofender los sentimientos religiosos también en este delito, SAP de Granada 752/2014, de 26 de diciembre.

(242) *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 982. Similares definiciones pueden encontrarse en MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1074.

(243) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», ob. cit., p. 625; FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 387.

puesto en el art. 74 CP, cuando las perturbaciones en los actos de culto sean reiteradas aprovechando idéntico plan y oportunidad (244).

En cuanto al concepto tumulto, su interpretación es pareja a la utilizada por la doctrina y jurisprudencia en el caso de los delitos de rebelión y sedición: desorden público (245), motín causado por un concurso grande de gente, alboroto popular, etc. La locución «*vías de hecho*» amplía aún más la descripción del tipo y es utilizada como sinónimo de procedimientos irregulares que no pueden ser atribuidos a la actuación conforme a Derecho de particulares u organismos públicos y privados (246).

Sobre el objeto concreto de tutela penal, Morillas Cueva los define como: «Acto es el hecho público o solemne como formulación o expresión de la confesión religiosa. Función, acto solemne religioso, especialmente el celebrado en la Iglesia. Ceremonia, acto exterior reglado por ley, estatutos o costumbre para dar culto a fórmulas religiosas. Manifestación, expresión colectiva para dar a conocer deseos, sentimientos» (247).

Una cuestión conflictiva, que analizaremos más adelante para los delitos de escarnio, es la delimitación entre los actos de protesta amparados en el derecho a la libertad de expresión y la interrupción de los

(244) Vid. SAP Cádiz 206/2013, de 11 de junio. Circunstancia que, sin embargo, no se apreció en la SAP de Córdoba 243/2005, de 3 de noviembre de 2005, a pesar de que la conducta fue definida como «*un atropello sistemático a la tranquilidad de personas que practican lícitamente un culto religioso, abusando de la pasividad con que lo sufren*»; ni en la SAP de Albacete 10/2014 de 22 de enero, a pesar de que en los hechos probados se indica expresamente que «*el incidente narrado relativo a la actitud del acusado no constituye un episodio aislado, dado que desde el mes de Octubre de 2009 aproximadamente acudía con frecuencia prácticamente diaria a dicha iglesia y, con actitud violenta y agresiva, interrumpía en ocasiones distintos actos como Eucaristías o funerales al comenzar a hablar, a gesticular y a moverse por todos los espacios de la iglesia*».

(245) No deben confundirse, sin embargo, ambos extremos. Al respecto, Vid. AJI 5/2010 de Córdoba, de 15 de septiembre de 2010, sobre los disturbios en la Mezquita de Córdoba.

(246) Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1074; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», ob. cit., p. 625.

(247) Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1074; para Samaniego Manzanares, el término manifestaciones incluiría el de las procesiones y otros actos públicos similares; Vid. SAMANIEGO MANZANARES, J. L.: «Código penal...», ob. cit., p. 1369; FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 387, quien sostiene que «la alusión a los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones, es lo suficientemente amplia como para abarcar a toda clase de actos colectivos que realicen las confesiones religiosas, ya sean reuniones litúrgicas, de culto o cualesquiera otros actos que se realicen en grupo y cuyo objetivo sea la enseñanza, la expresión artística, la comunicación de ideas etc.».

actos de culto. Sobre esta cuestión se pronuncia la SAP Islas Baleares 102/2016 de 13 octubre, en relación con el delito aquí analizado, en la que se indica que «el tipo no exige un especial ánimo subjetivo. En cualquier caso, consideramos que ese ánimo sí se dio en los acusados pues en aras a su logro propagandístico cercenaron a sabiendas el derecho de los asistentes a la práctica del acto de culto religioso. La Defensa destaca que el acto se encuadró en una acción múltiple de protesta frente a lo que consideran injerencia de la Iglesia en temas políticos al apoyar la reforma de la Ley del aborto y que se trataba de visibilizar ese apoyo y su protesta. A esta Sala no le ofrece duda de que esto fuera así. Ahora bien, esa razón o motivación última de su actuar, no elimina la realidad de que sabían que estaban vulnerando la libertad de celebrar misa con normalidad por un grupo de personas creyentes y con ello se vulneraba su derecho a la libertad religiosa y además de saberlo lo querían».

Respecto a la oficialidad de las entidades religiosas, en este caso no cabe duda alguna en el tenor literal del precepto (248), si bien no ha sido modificado el anacronismo de unificación del Ministerio de Justicia e Interior, actualmente separados. Actualmente, el Registro de Entidades Religiosas pertenece al Ministerio de Justicia. Esta previsión ha sido criticada por algunos autores, como Ramos Vázquez, que no encuentra razón alguna para su inclusión, siendo además el único artículo de esta Sección en el que se recoge esta acotación (249). Por el contrario, Ferreiro Galguera (250) sostiene que la consecuencia de esta restricción es más coherente con el deseo de control que con el principio de libertad religiosa. De ello se colige que las confesiones no inscritas gozan de una protección penal diferente –pero de menor intensidad una vez que las faltas han desaparecido en nuestro sistema penal– que deberá redirigirse a la protección del orden público.

Finalmente, en cuanto a la pena, sorprende la diferencia de punición respecto al art. 522 CP que protege la libertad religiosa en su

(248) Aunque suscite ciertas críticas por entender que mal casa con nuestro ordenamiento constitucional, *Vid.* CALDERÓN CEREZO, A.: «Delitos contra la Constitución...», *ob. cit.*, p. 657; o incluso por entender que los actos y ceremonias de las no inscritas también tienen naturaleza religiosa; *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», *ob. cit.*, p. 162; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», *ob. cit.*, p. 248; o supone una vulneración del principio de igualdad respecto a los grupos ideológicos, MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 259.

(249) *Vid.* RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Delitos contra...», *ob. cit.*, p. 905.

(250) *Vid.* FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», *ob. cit.*, p. 387

dimensión individual, resultando criticable que se sancione con mayor gravedad la dimensión colectiva de la libertad religiosa (251).

En materia de concurso de leyes penales también se han evidenciado algunas distorsiones en la regulación penológica de este artículo. Así, Valmaña Ochaíta llama la atención sobre la paradójica situación de que el hecho religioso que, según la autora citada, por serlo debería gozar de un tratamiento especial agravado respecto al delito de orden público dejaría de estarlo mereciendo una pena menor en el supuesto de que la confesión religiosa no se encuentre registrada. La autora cita expone dos ejemplos ilustrativos sobre esta cuestión (252): a los actos de interrupción o perturbación grave de una procesión de Semana Santa le correspondería una pena inferior que si dichos actos se celebran en un desfile de Carnaval; y, por otra parte, se pregunta la autora citada ¿Serían diferentes el delito y la pena si una Cabalgata de los Reyes Magos es celebrada por un Ayuntamiento o una parroquia?

La solución aportada hasta ahora, no totalmente satisfactoria a criterio de la autora citada, sería considerar que la perturbación a la que se refiere el art. 523 CP es de carácter leve (se cita como ejemplo la solución incluida en la SAP Pontevedra, de 9 de marzo de 2001).

Aunque ciertamente parecen apreciarse importantes disfuncionalidades en la aplicación exacta de esta clase de hechos delictivos, considero que una posible solución para la delimitación puede encontrarse en el fin de protección de la norma, diferente en cada delito. El art. 523 CP tiene como objetivo proteger un ámbito más delimitado que no afectará a la seguridad de todos los ciudadanos ni al potencial desarrollo de todos sus derechos y libertades garantizados constitucionalmente. Los desórdenes públicos tendrían un campo de protección más amplio y colectivo y, tal vez, por tanto, merecedor de una protección penal más intensa. En cualquier caso, no se puede compartir el razonamiento de que por tratarse de un hecho concreto y específico su protección penal deba ser automáticamente agravada.

Además de ello, sería necesario comprobar si el tumulto y la interrupción o perturbación que provoca están dirigidos concretamente a impedir el desarrollo del acto en su significación religiosa o son idóneos para perturbar o poner en peligro la seguridad de todos los asistentes.

(251) Vid. CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...», ob. cit., pp. 1299 y 1300; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 260.

(252) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., pp. 2300 y 2301.

Ello, además, parece coherente con la exigencia de un dolo específico en esta clase de hechos delictivos, el de atentar contra la libertad religiosa, frente al dolo genérico de alterar la paz pública de los desórdenes públicos.

Más certera aparece la crítica de la diferencia penológica entre los delitos de interrupción o perturbación realizados en un lugar de culto, agravados, y aquellos que se producen en una institución pública (como un Tribunal de Justicia) que conllevan una pena menor. En este supuesto, ni el alcance del fin de protección de la norma ni la diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos parecen justificar la diversa respuesta penal.

Otra cuestión que plantea algunos problemas, en opinión de Liñán García, es la diferente respuesta penal que se produciría cuando se trate de espacios en los que sólo se celebra el culto de modo ocasional o en los que se ha dejado de celebrarlo (253).

VI. TUTELA PENAL DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS: DELITOS DE PROFANACIÓN (ART. 524 CP), ESCARNIO Y VEJACIÓN (ART. 525 CP)

Supervivientes lejanos de la antigua criminalización de la blasfemia (254) y la herejía, sus antecedentes históricos se han diluido en la corriente constitucional que ahora informa nuestro *Ius Puniendi*, considerándose como bien jurídico protegido el sentimiento religioso de los creyentes (255). No obstante, el bien jurídico «*sentimiento religioso*» no es un concepto pacífico en la doctrina penal. Algunos autores entienden que se trata de un valor subjetivo y, por tanto, no objetivable como requisito imprescindible para su protección jurídico

(253) Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 826.

(254) Vid. SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal. Parte especial*. Dykinson, Madrid, 1997, p. 848; SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: «El proceso de secularización...», ob. cit., p. 292; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 984;

(255) Respecto a la anterior regulación, Vid. STS de 25 de marzo de 1993. Sobre el bien jurídico protegido sentimientos religiosos de los creyentes, Vid. MINTEGUA ARREGUI, I.: «Libertad de expresión artística y sentimientos religiosos», en *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, Núm. 14, 1998, p. 576; CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...» ob. cit., p. 1296; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...» ob. cit., p. 1463; VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...» ob. cit., p. 2302.

penal (256). Además de esta consideración, tal y como expone Ramírez Navalón, resulta complejo distinguir entre las conductas lesivas de los sentimientos religiosos y las lícitas expresiones del propio pensamiento en materia de fe, lo que supondría la criminalización de las opiniones sobre cuestiones religiosas, dependiendo exclusivamente de la óptica del ofendido. Finalmente, advierte la autora precitada, apoyándose en la doctrina italiana, que podría existir una merma del principio de igualdad, puesto que se tutelan los sentimientos de los creyentes de modo distinto a los de los no creyentes (257).

No obstante, según la misma autora, «las críticas vertidas sobre dicha protección no justifican su destipificación; en primer lugar, porque si el bien jurídico debe ser siempre objetivable e independiente de la sensibilidad subjetiva, habríamos de despenalizar también los delitos contra el honor, que sustentan unos de los derechos fundamentales de las personas. Por otra parte, la dificultad de apreciar en estos delitos el ánimo de ofender es la misma que encontramos para determinar el dolo en cualquier otro delito. Respecto a la quiebra que supone el proteger penalmente los sentimientos religiosos, respecto del principio de igualdad, hoy hay que señalar que con la vigente regulación se ha ampliado dicha tutela a los no creyentes» (258).

En definitiva, del mismo modo que ocurre en otros sectores relativos a bienes jurídicos como el honor y la libertad ideológica, se establece un claro límite a la libertad de expresión en el respeto a las creencias religiosas de una congregación. La limitación no es, por lo demás, absoluta: el tipo penal exige que los actos de profanación se produzcan en el templo o lugar de culto de la congregación, no siendo susceptibles de castigo penal aquellos que se produzcan fuera de estos

(256) Así, por ejemplo, según indica Pérez-Madrid, algunos autores italianos (Siracusano) consideran que en la actualidad no se puede hablar de un denominador común a las múltiples formas de religiosidad; sería algo difícilmente determinable y vago, para que pudiera aspirar al rango de bien jurídico. En una sociedad aconfesional y abierta, por tanto, no es posible encontrar un sentimiento religioso de carácter colectivo; *Vid.* PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», *ob. cit.*, pp. 147 y 148. De la misma opinión, en la doctrina penal española: MORILLAS CUEVA, L.: «Los delitos...», *ob. cit.*, p. 188; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», *ob. cit.*, p. 166; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», *ob. cit.*, p. 178, donde el autor mantiene que el bien jurídico sentimiento religioso mantiene, entre sus inconvenientes, su difícil valoración por referirse a un fenómeno interno de la conciencia. Sorprendentemente, en mi opinión, luego defiende la posibilidad de protección penal de la libertad de conciencia y su desarrollo.

(257) *Vid.* RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», *ob. cit.*, p. 667.

(258) *Cfr.* RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», *ob. cit.*, p. 668.

límites especiales. Además de ello, no todo acto de culto de una congregación religiosa está protegido, sino sólo el dotado de contenido sagrado para la religión de que se trate (259).

En cuanto al debate sobre la titularidad del bien jurídico protegido se barajan las dos opciones posibles: aquellos que consideran que las titulares del bien jurídico protegido son las propias congregaciones religiosas (260); y, por otra parte, los que sostienen que son los miembros de tales confesiones los realmente afectados por el ilícito (261).

Respecto a si los actos de profanación deben ser realizados necesariamente contra entidades religiosas oficiales para considerarse delictivos, es decir, inscritas en los registros oficiales o el tipo penal alcanza a todas las congregaciones religiosas, la doctrina se encuentra dividida. Para algunos, la introducción de la fórmula «*sentimientos religiosos legalmente tutelados*», alude claramente a la oficialidad de los cultos, siendo un mero delito de injurias cuando no se de esta circunstancia (262); por otra parte, otro sector de la doctrina entiende que el ilícito no realiza distinción alguna (263).

En mi opinión, si entendemos el bien jurídico «*sentimiento religioso*» desde un punto de vista amplio, nada obsta para entender incluidas en el tipo penal de profanación las ofensas contra entidades religiosas no oficiales. De este modo, el término podría definirse como un estado de ánimo afectivo, de respeto y veneración a la religión que se profese (264). Considero que esta definición puede enmarcarse en

(259) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», ob. cit., p. 625.

(260) Vid. VALMAÑA OCHAFTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2302. La justificación de esta postura, según la autora citada sería evitar un exceso de subjetivización en el contenido del tipo, dependiente de la mayor o menos sensibilidad de los sujetos.

(261) Vid. GOTI ORDEÑANA, J.: «Delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 452.

(262) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 310; RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 668.

(263) Más aún, un importante sector de la doctrina considera la expresión desafortunada o superflua, por cuanto el actual sistema constitucional protege de base todo sentimiento que merezca la calificación de religioso; Vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 48; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», ob. cit., pp. 163 y 164; ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 337; CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...» ob. cit., p. 1302; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 250; el mismo: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 390; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 262.

(264) En la construcción de esta definición, Vid. Diccionario de la RAE. 22.^a Ed., Voces «Sentimiento», «ánimo», «afecto», «reverenciar» y «venerar». Entiendo, congruentemente con la tesis aquí expuesta acerca del límite de la conciencia como

el derecho de toda persona a profesar o no libremente las creencias que desee, sin ser perturbado en las mismas, como una de las manifestaciones individuales del derecho a la libertad religiosa (265). Se establece, por tanto, una obligación de respeto a las creencias y veneración del individuo (266). Desde esta perspectiva es posible un entendimiento más objetivo del bien jurídico protegido, de tal manera que se protege una «experiencia humana, real y reconocible» como «expresión de la personalidad» (267). Tal y como ha expuesto Ferreiro Galguera «los sentimientos religiosos, como todo sentimiento, si es verdaderamente sólido, pugnará por exteriorizarse («encarnarse»). La forma de exteriorizar los sentimientos es a través de actuaciones concretas, definidas, es decir a través del ejercicio de la libertad. Por tanto, los sentimientos religiosos sólo pueden manifestarse en toda su extensión en un ámbito en el que reconozca un vehículo concreto: el

bien jurídico tutelable por el Derecho penal, que no es necesario recurrir a ningún valor moral a la hora de definir el concepto de sentimiento religioso, pues dependiendo de la confesión religiosa esta relación de respeto y veneración podrá contenerlos o no. Además, como ya se ha dicho –no importa insistir en ello– mantengo la convicción de que el Derecho penal no puede proteger valores morales. Para otras definiciones de sentimientos religiosos, véase, entre la doctrina italiana Spirito, P.: «*Sentimento religioso e religione nel Codice penale vigente*», en VV. AA.: *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*. Tomo III, Modena, 1989, pp. 1077-1093; y también SIRACUSANO, P.: *Il delitti...* ob. cit., pp. 36 y 37. Otros autores, sin embargo, entiende que la protección del sentimiento religioso individual es, en última instancia, un ataque contra la dignidad de la persona, siguiendo el clásico criterio introducido por Beling; al respecto, Vid. TERUEL CARRALERO, D.: «El delito de blasfemia», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Fascículo III, 1951, p. 555; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Libertades cívicas y Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1975, p. 340. También sobre el bien jurídico protegido sentimiento religioso individual, Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, pp. 201 y ss. el mismo: «Protección jurídico penal...», ob. cit., pp. 21 y 22.

(265) Como ya se ha expuesto, nuestro TC admite la posibilidad de tutela de los sentimientos religiosos colectivos, mientras que en el texto me decanto por una consideración más individualista del bien jurídico protegido. Al respecto, se ha dicho que «el problema que se plantea actualmente es que los contornos de lo que ha de entenderse por tal sentimiento individual se van difuminando cada vez más, al querer incluirse también posturas ateas como especies de religiosidad, de tal modo que la tipificación penal se convierte en algo meramente simbólico»; Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 152. En opinión de FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 22, los sentimientos religiosos se tutelán penalmente de una manera indirecta cuando se protege el vehículo a través del que se manifiestan, esto es, la libertad religiosa.

(266) Indica, además, FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., pp. 64 y 65, que la lesión debe entrañar cierta relevancia o magnitud, para evitar cualquier inseguridad jurídica.

(267) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 150.

ejercicio de la libertad religiosa» (268). Sin embargo, también es posible una «proyección» colectiva de los sentimientos religiosos en las comunidades religiosas ya que, como se ha indicado, existe pleno reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa al conjunto de los miembros de un culto.

Dado que el legislador ha hecho expresa mención al registro de entidades religiosas en otros tipos penales, que acotaban la tutela penal de la libertad religiosa, en este supuesto la interpretación literal del artículo no nos lleva a pensar que solamente se encuentren tutelados los sentimientos religiosos de las congregaciones «oficiales», sino que la expresión perfectamente puede hacer alusión a que todos los sentimientos religiosos lícitos, es decir, aquellos que no incurran en la consideración de prácticas religiosas nocivas –como las anteriormente mencionadas sectas destructivas– y respeten el límite del orden público, se encuentran legalmente tutelados en cuanto a manifestación del bien jurídico protegido libertad religiosa. Si se ha entendido una versión acotada del concepto «*sentimiento religioso*» es debido a la necesidad de limitar las conductas incluidas en el tipo penal específico, lo que llevaría a defender que también debería aplicarse este criterio estricto de oficialidad a otros tipos penales contenidos en este Capítulo. No cabe, sin embargo, la adhesión al tipo penal de los grupos ideológicos (269), no considerándose en este punto discriminatorio el diferente tratamiento por las propias características de la acción típica «profanar» (270).

Debido a la ausencia de un precepto que nos aporte una interpretación auténtica del concepto de *profanación*, su significación puede ser verdaderamente amplia. No obstante, nuestra pretérita jurisprudencia (271) se ha decantado por una interpretación semántica, entendiendo como tratar una cosa sin el debido respeto o darle un uso profano. Algunos autores, como Tamarit Sumalla, han sido muy críticos con el delito de profanación, exigiendo su derogación al entender que viene ligado a la atribución de un valor religioso, lo que es incom-

(268) Cfr. FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 20.

(269) Lo que sí parece ser discriminatorio es tener en cuenta solamente el bien jurídico protegido sentimientos religiosos y no las convicciones ideológicas, existiendo una protección desigual, no ya en el tipo penal concreto, sino en la propia rúbrica; Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., pp. 166 y 167; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 180.

(270) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 261; en contra, TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 2017.

(271) Tal es el significado literal del verbo, que fue recogido por las SSTs, 1 de julio de 1950 y 15 de julio de 1982.

patible con un sistema aconfesional (272). Sin embargo, el TS consideró que tales preceptos servían al propósito de defender la libertad religiosa del individuo y eran válidos para todas las confesiones religiosas por igual, por lo que era merecedor de tutela penal (273).

El texto se refiere a «*actos de profanación*» de manera general, por lo que caben todo tipo de acciones (274) siempre que se encuentren dirigidas a menoscabar ese respeto debido a los sentimientos religiosos (275). El objeto material contra el que se dirige la acción de profanar no será, por consiguiente, el propio Dios ni la religión en sí misma (276). De este modo, encontraremos un elemento negativo en los tipos relativos a la profanación, puesto que no todo uso indebido de una cosa o acto de contenido sagrado va a cumplir el tipo penal, siendo posible el estado de necesidad. Así, Rossell Granados explica que «si ese uso indebido tuviese lugar como consecuencia de un intento, por ejemplo, de salvarlas de una catástrofe, entendemos que no tendría sentido aplicar el artículo» (277).

Al igual que en el supuesto anterior, pueden existir fricciones respecto a los límites de la protesta ciudadana en el ejercicio de la crítica a la religión. Sin embargo, no se estimó tal límite de la libertad de expresión ante la protesta realizada en la capilla del Campus de Somosaguas de la Universidad Complutense de Madrid, consagrado como templo y lugar destinado al culto, si bien en ese momento no se estaba celebrando ceremonia religiosa alguna (por lo que la conducta no encajaría con lo dispuesto en el art. 523 CP). La diferencia entre este caso y el expuesto en el apartado anterior reside en que, estrictamente y desde una perspectiva técnica, no existió ningún acto de profanación: «la apelante y quienes la acompañaban ocuparon el altar, lo rodearon, levantándose la ropa para mostrar sus pechos desnudos o en sujetador, llegando incluso dos mujeres a besarse en público y leer un comunicado crítico contra determinadas posiciones de la jerarquía católica, para finalmente abandonar el templo profiriendo gritos y

(272) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 187.

(273) Vid. STS de 25 de marzo de 1993.

(274) Por ejemplo, escupir e increpar sobre una imagen sagrada. Vid. Sentencia Juzgado de lo Penal número Uno de Zaragoza, Rollo número 168/2014, que confirma después la SAP de Zaragoza 191/2014, de 6 de noviembre.

(275) Tal dolo específico no era requerido en anteriores regulaciones, como es el caso del CP 1944, propio de un Estado confesional, en el que el delito se cometerá con independencia de que el ánimo del actor fuese el de profanar las Sagradas Formas; Vid. STS de 11 de julio 1950.

(276) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión...», ob. cit., p. 250.

(277) Cfr. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión...», ob. cit., p. 248.

consignas. No tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar (según algún testigo, se movió el mantel que lo cubre, sin llegar a caer), no accedieron a ningún elemento de la capilla, no llevaron a cabo actos obscenos ni grotescos (un beso difícilmente puede ser calificado de tal) y salieron a continuación. Esto es, para entendernos, se podría hablar, quizás, de un acto de profanación virtual o gestual, pero no de un acto físico de profanación, pues no llegaron a entrar directamente en contacto con ningún objeto sagrado.

Quede claro, no obstante, que podemos comprender que en ciertos ámbitos este acto puede ser valorado como claramente irrespetuoso en cuanto que se considere altera el silencio y el respeto exigible en el interior de una capilla donde en ese momento varios feligreses se encontraban orando, pero ese componente de profanación exigible por el tipo a nuestro juicio no concurre. El hecho de que en la costumbre más tradicional desnudarse ante el público, y mucho más si ello ocurre dentro de un templo, pueda interpretarse como una falta de consideración y de respeto, la inadecuada vestimenta o ciertos gestos inapropiados no pueden constituir un acto de profanación por sí mismos.

En una sociedad democrática avanzada como la nuestra que dos jóvenes se desnuden no debe ya escandalizar a nadie, como tampoco el hecho de que algunos de ellos se besen entre sí. Estamos habituados a que activistas del grupo Femen lleven a cabo actos de protesta de esta naturaleza en los lugares más inverosímiles y ante personalidades de toda índole y por diferentes motivos. Desde luego, no es lo mismo desnudarse en un lugar público que hacerlo en el interior de una iglesia, pero una cosa es la falta de respeto a las normas comunes de vestimenta en determinados lugares y otra que dicha falta de respeto y decoro, también en la forma de vestir o en la parte del cuerpo que muestras, constituya un ilícito penal castigado con penas privativas de libertad o multa. Entiende este Tribunal que esta consideración como delito debe producirse, interpretando la voluntad del legislador, cuando se trata de un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales, por mucho que ello pueda herir sentimientos religiosos de quienes profesan determinada religión, aunque para este Tribunal resulten comprensibles. (...) Es por ello que se considera, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, sin valoraciones ético-morales, que no concurre dicho elemento objetivo del tipo y que los hechos declarados probados no alcanzan a integrar

un acto de profanación en sentido estricto, por lo que no concurre el tipo penal del artículo 524 CP y la apelante deberá ser absuelta» (278).

Por *cosa sagrada* la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que se refiere a aquellos objetos, muebles o inmuebles, que según los dogmas o ritos de las distintas religiones se dediquen a Dios o al culto divino (279). Cabe el error de tipo que eliminaría el dolo específico de ofensa a los sentimientos religiosos, que no se da cuando el autor desconoce el carácter religioso del objeto (280).

Finalmente, se requiere un elemento subjetivo específico (281) que bien podría entenderse como una suerte de especialización del ánimo de injuriar, sólo que en este supuesto no será contra el honor de la persona, sino de sus sentimientos religiosos, esto es, un *animus profanare*, *animus sacrilegus* o *animus blasphemare* (282). El posible

(278) Vid. SAP Madrid de 16 diciembre 2016.

(279) Vid. STS 688/1993, de 25 de marzo; FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 388.

(280) Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: «Delitos contra la Constitución...», ob. cit., p. 952.

(281) Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1076, quien indica que la presencia de la preposición «en» es claramente indicadora de la exigencia de dicho ánimo.

(282) Sobre esta cuestión, las SSTS de 30 de diciembre de 1933; 10 de diciembre de 1982 y, más recientemente, la STS 25 de marzo de 1993 reclama *dolo específico* o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos (ánimo de profanar). La terminología empleada es, simplemente, una cuestión estética, aunque entiendo que existe una especialización respecto al ánimo de injuriar (por ejemplo, MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1077, indica que «esa ofensa a los sentimientos religiosos ha de valorarse además en clave de *animus injuriandi*», entiendo que la expresión «en clave de» manifiesta cierta posibilidad de especialización), por lo que me he decantado por transmitir esta diferenciación a través de dos términos que siempre han estado ligados a los pretéritos ilícitos contra la religión: *sacrilegio* es un concepto análogo al de profanación, mientras que *blasfemia* es un sinónimo de injuria referido específicamente al ámbito de la libertad religiosa. Ciertamente, como he tenido oportunidad de explicar, la actual doctrina entiende que los delitos contra la libertad de conciencia y religiosa no se encuentran dirigidos contra Dios o contra la religión *per se*, pudiendo entenderse que el término «*blasfemia*» es una injuria directa contra el Dios de una determinada confesión. No obstante, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (22.^a Ed.) también otorga un significado coloquial al concepto de blasfemia, con el significado de «palabra gravemente injuriosa contra alguien», además de la interpretación clásica de «palabra injuriosa contra Dios, la Virgen o los Santos». He descartado la expresión *animus haereticus*, o ánimo herético por sus connotaciones más amplias, si bien nuestra lengua también le otorga el significado de «palabra gravemente injuriosa contra uno», además del de «error en materia de fe». De hecho, el término sacrilegio fue utilizado por nuestra doctrina penal, durante la época en la que esta clase de ofensas eran consideradas *Delitos contra la Religión*, conforme a la tipificación de nuestro CP de 1944; Vid. JASO ROLDÁN, T.: «Los delitos contra la religión católica», en Antón

matiz entre estos elementos subjetivos específicos deviene de la comparativa entre los dos tipos penales aquí estudiados, puesto que en el art. 524 CP se habla concretamente de «*ofensa de los sentimientos religiosos*» (ánimo de profanar o cometer sacrilegio), mientras que en el art. 525.1 CP el adjetivo desaparece y se sustituye por escarnio de los dogmas, ritos, etc. (ánimo de injuriar o blasfemar). Al ser considerados delitos de carácter tendencial (283), desde Cuello Calón la ausencia de este dolo especial excluye la conducta delictiva (284). Así, quien simplemente destruye objetos sagrados, los hurta o roba sin la intención de ofender los sentimientos religiosos de terceros no comete el tipo penal (285). Del mismo modo, quien se encuentra amparado en una eximente de la responsabilidad criminal que le impida comprender este extremo no cumpliría con el tipo (286).

En definitiva, anota acertadamente Valmaña Ochaíta, «no basta con el simple menosprecio o trivialización de lo sagrado lo que determina la existencia del acto irrespetuoso en un lugar de culto, y con el imprescindible elemento subjetivo del tipo del injusto, que en este delito adquiere gran importancia a través de la expresión *en ofensa*, que se convierte en el eje central de este precepto» (287). Tal interpretación, que suscribo completamente, podría quedar sin efecto si la nueva tesis sobre el abandono de los elementos subjetivos específicos que profesan nuestros operadores jurídicos se traslada también a esta tipología delictiva.

En efecto, en parte debido a algunas de las recientes modificaciones en algunos tipos penales y, sobre todo, a la especial sensibilidad que han despertado los mal llamados delitos de odio, cada es más fre-

Oneca, J. y Rodríguez Muñoz, J. A.: *Derecho penal (parte especial)*. Tomo II. Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, p. 69; quien distinguía entre sacrilegio en sentido amplio, entendido como cualquier pecado contra virtud de la religión, o en sentido estricto que consiste en violar o tratar irreverentemente los objetos consagrados a Dios y a su culto. En el mismo sentido, ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 246 y nota al pie 15.

(283) Vid. STS de 15 de julio de 1982.

(284) Vid. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal (parte especial)*. Tomo II, 9.ª Ed., Bosch, Barcelona, 1955, pp. 106 y 107.

(285) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 245.

(286) Así se indica en la SAP Granada 752/2014 de 17 diciembre, donde se estima que existe ausencia de ánimo de ofender sentimientos religiosos por persona que sufre un trastorno psicótico, cuando su intención era la de proteger los símbolos religiosos de quienes él creía que pretendían profanarlos.

(287) Cfr. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2303. En similares términos, FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 389.

cuenta la tendencia en nuestros Tribunales a objetivar en exceso la interpretación de los tipos penales.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere al tipo subjetivo, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, expone respecto al delito de humillación a las víctimas (art. 578 CP): «No es exigible una especie de *animus* singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar a esas dos víctimas como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio. La doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término en interpretado en clave finalística). La teoría del *animus iniuriandi* en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico. Cosa distinta es que el contexto, el momento, el tono, las circunstancias hayan de tenerse en cuenta al evaluar la idoneidad del texto para evidenciar humillación o desprecio».

Sobre esta cuestión debo mostrarme crítico. La alusión al contexto no puede sino referirse a los elementos del juicio de inferencia necesarios para determinar uno u otro ánimo, por lo que en el fondo y a pesar de que el Tribunal entienda como superada la tesis de los elementos subjetivos específicos, lo que se está haciendo es indagar en la intencionalidad del autor. Otra forma de entender esta alusión al contexto es trasladarla al fin de protección de la norma, verificando qué conductas concretas están cubiertas por el Derecho penal en materia de libertad religiosa.

Ya he tenido oportunidad de abordar tangencialmente esta temática en referencia a los delitos de odio en mi comentario sobre la decisión del Tribunal Supremo en el denominado «Caso Araña», que revoca la absolución emitida por la Audiencia Nacional a César Augusto Montaña Lehman –más conocido por su nombre artístico «*César Strawberry*»– por un supuesto delito de enaltecimiento al terrorismo y humillación a las víctimas (288). Las consideraciones allí vertidas pueden trasladarse perfectamente al caso que nos ocupa: también debo ser crítico y mostrar cierto escepticismo sobre el supra-concepto criminoló-

(288) Vid. CÁMARA ARROYO, S.: «La libertad de expresión en estado de alerta “Def con Dos”»: a propósito de una condena por apología del terrorismo y humillación a las víctimas», en *UNIR Revista*, publicado *online* en: <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/la-libertad-de-expresion-en-estado-de-alerta-def-con-dos-a-proposito-de-una-condena-por-apologia-del-terrorismo-y-humillacion-a-las-victimas/549201655561/>

gico –puesto que no es estrictamente jurídico-, tan de «moda» en los últimos años de «delitos de odio». El Derecho penal no puede castigar las meras opiniones, ideologías o pensamientos, ni tampoco los sentimientos de odio cuando estos no vulneren bien jurídico protegido alguno y se transmuten en hechos. Es por ello que la nomenclatura de «delitos de odio», que engloba una amalgama heterogénea de ilícitos que tienen como elemento común la motivación delictiva, especialmente reprochable dentro del desvalor social de la conducta, de la discriminación en cualquier de sus formas, no parece formalmente la más correcta. Dado que el Derecho penal no puede castigar el odio en sí – todos somos libres de odiar y transmitir nuestras opiniones de desagrado siempre que no se conculquen los derechos y libertades de terceros– la dicción más correcta para esta clase de tipos penales tal vez sería la de delitos ideológicamente condicionados, motivados por el odio o, simplemente, delitos de discriminación.

Se pronuncia la STS 4/2017, de 18 de enero precisamente sobre la «equívoca» locución «discurso del odio». Expone el TS que «no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo (...). Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El Derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución –discurso del odio– cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos».

Es en la parte subjetiva del tipo penal donde se encuentra el verdadero debate dogmático y la despenalización de determinados exabruptos, chistes de mal gusto, humor negro, etc., que aquí defendemos y que consideramos es aplicable al presente caso.

Para que algunos tipos penales verdaderamente sean atentatorios contra un bien jurídico protegido requieren de una determinada intencionalidad, un elemento subjetivo específico, esto es, un ánimo o dolo concreto. Sin la existencia de tal tendencia solamente algunas de las conductas negligentes podrían castigarse como imprudentes y, otras muchas, perderían su antijuridicidad material siendo inanes para el bien jurídico que pretenden proteger e impunes desde el punto de vista penal.

Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional había remarcado la importancia del contexto a la hora de juzgar un supuesto delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (289). Todo apunta a que será necesario, por tanto, corroborar el ánimo concreto de ofender y en el juicio de inferencia para determinar tal animosidad específica del autor será de vital importancia interpretar el contexto concreto en el que se enmarcan tales expresiones, eliminando otros ánimos como el puramente humorístico –aunque macabro y de mal gusto– o crítico con determinadas ideas religiosas. La interpretación en sentido opuesto –la actual– amplía las puertas a una masiva criminalización de determinados aspectos de la realidad social que, por mucho que le resulten desagradables a los que no piensen de la misma forma, quedan amparados por nuestro texto constitucional.

Discutible es también la penalidad establecida para el delito de profanación, pues como ha manifestado Martín Sánchez, «parece absurdo castigar la profanación con una pena mayor que los ataques contra la libertad religiosa individual (...) de este modo se está otorgando mayor

(289) En la SAN 35/2016 de 15 noviembre, el Tribunal entendió que «no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal «realización de actos», dado que el comentario que siguió nos sitúa ante las víctimas del holocausto. Es por ello, que si se analiza la frase en el contexto cercano, se aprecia que el otro mensaje resulta ajeno a la temática, se utiliza también en una similar clave de humor hacia todas las víctimas en ambos comentarios, lo que es objetivamente una derivación de humor macabro que se sustenta sobre toda clase de ofendidos por hechos delictivos sean o no de naturaleza terrorista. Existe un parangón entre todas ellas, y no específicamente por ser una de las ofendidas directamente perjudicada por hecho de la banda terrorista ETA. Se podría incluir en clave de una crítica sobre un debate de actualidad política».

protección a unos sentimientos, dada la configuración del tipo regulado en el artículo 524, que a un derecho fundamental» (290).

Por «escarnio» ha de entenderse la burla tenaz con motivo de ofender, mofa, befa e, incluso, sarcasmo frente a los dogmas, creencias (291), ritos y ceremonias de una confesión religiosa (292). La vejación (293), sin embargo, parece referida a las personas físicas –creyentes– pertenecientes al credo y tiene por significado la acción de molestar, humillar o hacer padecer (294). En opinión de Pérez-Madrid, la inclusión del término vejación supone un gran acierto, ya que constituye un resquicio de protección penal específica de la libertad religiosa individual, poniéndose atención a la tutela de la *posesión pacífica* del derecho a la libertad religiosa, frente a la *libertad de opción* que corresponde a la libertad de conciencia (295). Al respecto, Morillas Cueva explicaba que «se trata de dos supuestos diferenciados pero especialmente completados entre sí, con múltiples elementos comunes, que pueden interferirse porque difícilmente se dará una vejación de los que profesan o practican sin hacer escarnio de la confesión religiosa, aunque aquélla, en consecuencia, se ha de realizar sobre los miembros de la confesión religiosa y no sobre ésta» (296). Lo que parece claro es que el artículo 525 se refiere tanto a las confesiones religiosas registradas de forma oficial como a aquellas que no

(290) Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 262.

(291) Los términos dogma y creencia son definidos por Morillas Cueva con el tenor siguiente: «Dogma se puede definir en el aspecto religioso como verdad revelada por Dios y declarada y propuesta por la Iglesia para la creencia de sus fieles, o fundamento y punto capital de una religión»; «creencia como firme asentimiento y conformidad con postulados de una determinada confesión religiosa»; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1077.

(292) Para una breve exégesis de nuestra jurisprudencia decimonónica sobre el significado del término escarnio, Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 984, nota pie 16.

(293) Muy cercana al concepto de injuria o ultraje, aunque más amplio; Vid. CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 1303; PUYOL MONTERO, J. F.: «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo III. Arts. 386 a disposiciones finales. Trivium, Madrid, p. 4566.

(294) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», ob. cit., p. 166.

(295) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 312. Lo que reafirma la postura no protección de este bien jurídico.

(296) Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1076.

lo estén (297), por lo que el antiguo ultraje quedaría contenido en el concepto de escarnio (298).

En definitiva, por tanto, serán posibles dos vías de comisión: el escarnio o ridiculización sobre los dogmas, creencias y ritos de una confesión religiosa o la vejación pública a las personas que profesen o practiquen tales ritos, ceremonias, creencias y dogmas (299). No obstante, como expone Ferreiro Galguera, «hemos de diferenciar entre el bien jurídico protegido y el objeto del escarnio. El bien jurídico protegido no es la religión en sí misma ni las manifestaciones de sus dogmas, ritos o ceremonias. Tampoco son las creencias (que pueden ser no religiosas) ni los ritos que de ellas se deriven. En todo caso, estas manifestaciones son el objeto del escarnio, pero el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos de personas que pueden sentirse heridas en su dignidad como consecuencia de una acción que pretenda escarnecer expresiones concretas de su credo» (300).

Mucho más difícil de interpretar es el numeral segundo del artículo 525 CP, que parece pretender equiparar a creyentes y a quienes no profesan religión o creencia alguna (301). La conducta en estos casos se refiere únicamente al escarnio, lo que ha sido considerado solamente como relativo a la vejación y humillación de las personas (302). De este modo, y de una forma asistemática, el legislador parece proteger la libertad ideológica, desligando este precepto del primer apartado (303). Se produce, así, una equiparación entre creencias (304) religiosas e ideológicas, ateas («sentimiento

(297) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Tutela de la libertad...», ob. cit., p. 164; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: El derecho a la formación... ob. cit., p. 264.

(298) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 378.

(299) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2303.

(300) Cfr. FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 390.

(301) Comparativa criticada por GOTI ORDEÑANA, J.: «Delitos contra la libertad...», ob. cit., p. 453 y VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2304 y 2305.

(302) Vid. RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.: «La protección penal...», ob. cit., p. 668.

(303) De hecho, como advierte Morillas Cueva, si bien la intención es loable, el precepto muestra muchas disfuncionalidades; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1077.

(304) Sobre la terminología utilizada en el tipo, hay que estar con Morillas Cueva en que «sorprende, y sorprende mucho, la inusitada referencia a creencia alguna, que necesariamente hay que entender como creencia religiosa alguna, lo contrario es caer en el absurdo de pensar que existen personas sin ningún tipo de creencia»; Vid. MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1078; de la misma opinión, VIVES ANTÓN, T. S., y CARBONELL MATEU, J. C.:

irreligioso» (305)) o agnósticas, tendente a una posición más laica. En este aspecto, cabe la protección de ciertos ritos paganos o no confesionales (306) o cualquier otra cosmovisión que no sea de naturaleza religiosa (307). Algunos autores, sin embargo, han visto una infracción del principio de igualdad en la redacción del precepto, al no tipificar también el escarnio de los que no profesan una convicción ideológica por el hecho de no profesarla (308).

En opinión de Ramos Vázquez, la inclusión de esta cláusula está mal formulada puesto que, interpretada literalmente, se castigaría cualquier escarnio contra un ateo, aunque no sea por esa condición, escondiendo, en realidad, poco más que una ingenua declaración de principios (309) al tratar de equiparar al creyente y al no creyente. Ciertamente, no resulta demasiado coherente igualar la libertad religiosa y la libertad ideológica en sede de delitos especiales atinentes al primero de los bienes jurídicos protegidos.

Del mismo modo que ocurre con del delito de injurias, del que podría decirse que estamos ante un modalidad especial impropia (310), se incluye la posibilidad de cometer el hecho delictivo por cualquier medio de expresión, incluyendo documentos telemáticos, dibujos, caricaturas, etc. aunque no aparezcan expresamente recogidos.

«Delitos contra la Constitución...», ob. cit., p. 714; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 2110; CANCIO MELIÁ, M.: «De los delitos...», ob. cit., pp. 1303 y 1304; PUYOL MONTERO, F. J.: «De los delitos...», ob. cit., p. 4566; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 266.

(305) Cfr. VALMAÑA OCHAÑA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2302.

(306) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «De los delitos...», ob. cit., p. 2110; en el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 985; FERREIRO GALGUERA, J.: Protección jurídico penal... ob. cit., p. 253.

(307) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 393.

(308) Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., pp. 266 y 267 y nota al pie 66, en la que se indica que el apartado 2 del art. 525 CP debería haberse redactado con la expresión «o a quienes no tengan ninguna creencia religiosa o ideológica».

(309) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Delitos contra...», ob. cit., p. 906. En palabras de FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 394, «un tímido guiño», que no pasa de ser un «mero gesto».

(310) Vid. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*. Tomo III, Ariel, Barcelona, 1978; SERRANO GÓMEZ, A.: «Delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 713; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «Derecho penal español...», ob. cit., p. 933, ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 272; MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 264; MORILLA, A.: «La protección...», ob. cit., p. 462; PUYOL MONTERO, F. J.: «De los delitos...», ob. cit., p. 4566.

dos en el texto penal (311). Resultan excluidos del tipo las acciones o gestos, aunque en opinión de Liñán García, ello resulta difícilmente explicable (312). La comparativa también alcanza la parte subjetiva del tipo penal, siendo necesario el *animus iniuriandi* (313), tal y como reza en el propio artículo al indicar expresamente que la comisión de los hechos se realiza «*para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa*» (314). Se distingue, así, el delito intencional –faltar al respeto, humillar– de cualesquiera otras manifestaciones que solamente pretendan informar (315) o transmitir opiniones críti-

(311) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., pp. 311 y 312. Tal y como admite, además, nuestra jurisprudencia, STS, de 25 de enero de 1983; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 251; MINGUEA ARREGUI, I.: «Libertad de expresión artística...», ob. cit., pp. 578 y ss.; VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2303.

(312) Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 827; FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 391.

(313) Vid. SSTs de 13 de octubre de 1980 y de 26 de noviembre de 1990. Al respecto, Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela...», ob. cit., pp. 240 y 241. La necesidad de exigir este elemento subjetivo del tipo queda explicada en la SAP Sevilla, 353/2004, de 7 de junio y el AAP Madrid 809/2011 de 29 julio, donde se explica que «*en caso contrario, si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinadas destinatarios, como parece bastarle al magistrado a quo, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentado, sin lugar a dudas, los principios de legalidad y seguridad jurídica*».

(314) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S.: «Los delitos contra la libertad de conciencia...», ob. cit., p. 2303, si bien lo considera una redundancia innecesaria, puesto que el elemento intencional ya se encuentra implícito en el significado gramatical del término escarnio. En contra de esta exigencia, por no entender aceptable el bien jurídico protegido sentimientos religiosos, Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: «El derecho a la formación...», ob. cit., p. 267.

(315) Cuestión interesante en el caso de determinadas campañas publicitarias, como es el caso de la campaña contra el SIDA realizada por las Juventudes Socialistas de Andalucía, en la que se realizaba una parodia de la Consagración de la hostia. El AAP de Sevilla 438/2011, de 25 de julio de 2011, admitió un recurso por entender la posible vulneración del art. 525 CP, argumentando del siguiente modo la cuestión: «*Del hilo argumental del auto apelado, se deduce que en opinión de la instructora no pueden existir indicios delictivos en tanto que falta la intención de ultrajar. El propósito del mensaje no es zaherir sentimientos religiosos, sino alertar sobre los males de la enfermedad del Sida. Es el mismo planteamiento que emana el informe del Ministerio Fiscal al recurso de apelación. Sin embargo, frente a este planteamiento, hemos de puntualizar dos cosas: A).– La primera de ellas, que el paralelismo entre determinada liturgia religiosa y el mensaje resulta por completo innecesario para conseguir el fin deseado. Y al ser innecesario es gratuito, está de*

cas sobre temáticas religiosas (316). Al respecto, es importante destacar que existe cierto límite a la libertad de expresión en estos tipos penales, una puja que, en ocasiones, será de difícil solución (317), pero que desgraciadamente se encuentra de actualidad tras los tristes sucesos en Francia, precisamente a raíz de las viñetas de la revista *Charlie Hebdo* (318).

más. Y esto permite presumir, siquiera sea indiciariamente, el propósito de ultrajar. B).– Y la segunda, es que no es aquí, ni es ahora, cuando y donde la cuestión del ánimo debe ser abordada. Ocurre así en multitud de manifestaciones prácticas del Derecho, y como no, del Derecho Penal. La intención, el propósito, la teleología de un proceder pertenecen al recóndito, íntimo, cerrado campo de la voluntad del agente. Si el agente no la exterioriza, solo cabe deducirla de las circunstancias, de los datos objetivos concluyentes (los «facta concludentiae» que decían los romanos). Y así sucede, valgan como ejemplo, en el caso de lesiones que no provocan la muerte: ¿quiso el reo matar, o solo lesionar?. Otro tanto, con los delitos contra el honor: ¿quiso injuriar o solo criticar?. Pues el caso que ahora ocupa nuestra atención es exactamente el mismo. Lo que sucede es que dado lo innecesario del mensaje así elaborado, no cabe afirmar de plano y a priori que no existe propósito de hacer burla, mofa y befa y los sentimientos religiosos de una parte de nuestra sociedad. Lo que sucede es que desde el punto de vista de una nada desdeñable proporción de nuestra sociedad, supone un claro ultraje, una descarada ofensa, una inaceptable mofa, de sus sentimientos religiosos».

(316) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», ob. cit., p. 626. Al respecto, Vid. SAP Valladolid 367/2005 de 21 octubre y, recientemente, Juzgado de Instrucción de Pamplona (Provincia de Navarra) Auto 429/2016 de 10 noviembre, donde se concluye que no puede acreditarse que la obra ejecutada por el querellado, tanto expuesta a través de fotografías en como la original ejecutada sea idónea para fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación contra la Iglesia Católica o sus miembros más allá de la de tomar conciencia o posicionarse respecto de la lacer de la pederastia; y Juzgado de Instrucción de Sevilla Auto de 7 junio 2016, por ausencia de indicios criminales por la procesión de «una vagina de plástico a modo de Virgen» en la manifestación convocada por la CGT, al entender que el no creer en los dogmas de una religión y manifestarlo públicamente entra dentro de la libertad de expresión; Juzgado de Instrucción de Valencia Auto de 23 junio 2016, que archiva la causa en la que se denunciaba a un grupo que utiliza un cartel con la Virgen de los Desamparados y la de Monserrat besándose para convocar a la manifestación del día del orgullo gay: imagen controvertida que tiene un sentido satírico, crítico y provocador, pero no de escarnio ni de intención de ofender sentimientos religiosos.

(317) Vid. VIVES ANTÓN, T. S., y CARBONELL MATEU, J. C.: «Delitos contra la Constitución...», ob. cit., p. 713. Al respecto, también Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., pp. 234 y ss.; y FERREIRO GALGUERA, J.: «Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales. la creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3, 1999, p. 218.

(318) Sobre esta cuestión, en nuestro país Vid. AAP de Madrid 73/2013, de 24 de enero, en cuyo Fundamento Jurídico Primero puede leerse: «La convocatoria a crear viñetas o mensajes «para escarnio de las instituciones religiosas y de Dios» (cláusula 4.ª de la convocatoria de la CNT, f.58) debe interpretarse a luz de la cláu-

Es interesante, al respecto, lo dispuesto en la jurisprudencia menor, que considera que *«no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre inequívocamente, sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos. En caso contrario, si para integrar el tipo delictivo sólo se exigiera, no ya el efecto subjetivo en determinadas destinatarios, como parece bastarle al magistrado a quo, sino, incluso, la mera idoneidad objetiva de la conducta para herir los sentimientos religiosos de la generalidad de los miembros de determinada confesión, prescindiendo de que esa acción constituya, precisamente, un escarnio y se realice justamente para ofender, el catálogo de posibles conductas típicas sería tan amplio como extenso lo es el de las confesiones religiosas y sus distintas corrientes, de modo que dejaríamos en manos de cada creyente la existencia o no del delito, atentado, sin lugar a dudas, los principios de legalidad y seguridad jurídica (...) para la comisión del controvertido ilícito penal no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre para los querellantes, sino que se requiere que esa conducta haga públicamente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos»* (319).

La cuestión no es fácil de delimitar y, aunque parece poder focalizarse en el elemento intencional, existen algunas propuestas que pueden servir como criterio de inferencia para establecer si la conducta en cuestión ha rebasado lo permitido por la libertad de expresión y se ha internado en la ofensa a los sentimientos religiosos. Ferreiro Galguera, ha estudiado la jurisprudencia –nacional y europea– sobre esta cues-

sula 2.^a que introduce un tono festivo y jocoso en la misma y que establece que se valorarán los trabajos «por su ingenio y mensaje crítico y simpático» y en todo caso las referencias a las instituciones religiosas no se refiere a ninguna en particular, sino a todas ellas, entronquen con la religión católica con otras confesiones monoteístas, cristianas o no cristianas, con religiones politeístas, y no es ese el objeto de protección del mencionado art. 525.1 del CP. Como tampoco Dios puede ser objeto de protección del Código Penal que se está refiriendo a los sentimientos religiosos de los seres humanos». Al respecto, Vid. ESPINOZA ARIZA, J.: «El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿Existe un derecho a blasfemar? A propósito del caso de la revista Charlie Hebdo», en *Lex*, n.º 15, 2015, pp. 89 y ss.

(319) Cfr. AAP de Madrid 809/2011, de 29 de julio, Fundamento Jurídico Segundo; en el mismo sentido, con anterioridad, SAP de Sevilla 353/2004, de 7 de junio; SAP de Valladolid 367/2005, 2 de octubre;

tión y de su investigación (320) podemos extraer los siguientes: en primer lugar, resultará determinante sopesar las medidas preventivas adoptadas por el que ejercita la libertad de expresión en orden a evitar hipotéticas lesiones en la sensibilidad religiosa de terceros («actitudes observadas por el que ejercita el derecho a la libertad de expresión para evitar daños a terceros»); preceptivo ejercicio de ponderación entre el marco legítimo de la crítica y el uso abusivo de la libertad de expresión que lesiona los sentimientos religiosos; diferenciación entre las lesiones «legítimas» a sentimientos religiosos –se puede producir la lesión desde un punto de vista sociológico (321), pero no en térmi-

(320) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: *Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los sentimientos religiosos*. Universidad Complutense de Madrid, 1996; el mismo: «Supuestos de colisión...» ob. cit., pp. 218 y ss.; «Libertad informativa: concepto y ámbito: La expresión artística y los sentimientos religiosos», en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 2, 2000; «Libertad religiosa...» ob. cit., p. 392; y «Libertad de expresión y sensibilidad religiosa: estudio legislativo y jurisprudencial», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 35, 2014. Al respecto, también Vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 11, 2006; el mismo: «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 16, Núm. 1, 2008.

(321) Así, por ejemplo, debe distinguirse el escarnio que siempre busca la ofensa, de aquellas manifestaciones artísticas o sociales meramente provocativas, que incidan en el ámbito religioso pero busquen otras finalidades. Así, por ejemplo, se indica en la SAP Sevilla 353/2004 de 7 junio; y en el AAP Madrid 809/2011 de 29 julio que «*ni la fotografía ni el texto cuestiona directa o indirectamente ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica, sólo utiliza una conocida imagen para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa*»; SAP de Madrid 224/2013, de 2 de abril, que expone: «*Las imágenes emitidas y las manifestaciones que las acompañan tienen un indudable sentido satírico, crítico y provocador. Ahora bien, ello no es suficiente para dotarlas de relevancia criminal, pese a su contenido burlesco, pues el tipo penal requiere que se haga escarnio público de dogmas, creencias, rito o ceremonias y con la finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. Se protege, pues, la libertad de conciencia en su manifestación de libertad religiosa, pero no que se haga crítica y sátira de determinadas creencias y sentimientos religiosos dentro de un contexto de libertad de expresión y artística*». En un similar sentido, Vid. AAP Valladolid 251/2011, de 9 de junio; AAP de Madrid 265/2012, de 12 de abril; SJP de Madrid 235/2012, de 8 de junio de 2012, de que utiliza como criterio interpretativo en estos supuestos el principio *in dubio pro reo*; AAP de Madrid 265/2012, de 12 de abril; Juzgado de lo Penal Madrid Sentencia 235/2012 de 8 junio, que absuelve en el caso de la emisión televisiva del corto «Cómo cocinar un crucifijo», en el que el mismo es troceado, untado con mantequilla y metido en un horno, «saliendo al tercer día en su punto»: legítimo ejercicio y difusión de una expresión artística que, con un componente burlesco, hace una crítica del fenómeno religioso en nuestra sociedad.

nos jurídicos (lo que equivale, según alcanzo a entender, en términos jurídico-penales, a la interposición de una causa de justificación dentro del ejercicio legítimo de un derecho o de una exención de la punibilidad)– y lesiones ilegítimas, tanto sociológica como jurídicamente; delimitación de las meras expresiones críticas, satíricas, irónicas, etc., y la incitación al odio (*hate speech*) o la comisión de hechos delictivos contra los sentimientos religiosos (322). Además de estos criterios, añadimos: debe tenerse en cuenta la gravedad concreta de las expresiones, el contexto y lugar en el que se han emitido, así como los límites del ejercicio del *Ius Puniendi*. De este modo, conforme a los principios de mínima intervención, *ultima ratio*, carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal solamente deberían perseguirse aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que supongan objetivamente un grave insulto o humillación hacia los sentimientos religiosos, que hayan sido emitidas con tal intención y cuyo resarcimiento no pueda ser contemplado a través de medios menos lesivos para las libertades que el Derecho penal.

Una cuestión importante es que, en el caso concreto de las vejaciones, no parece requerirse específicamente y de manera literal un elemento específico subjetivo, esto es, el ánimo de ofender los sentimientos religiosos. Habitualmente se había entendido, con razón, implícitamente recogido en el tipo (323) siendo necesario para que la conducta fuera tenida por delictiva. Aunque tal parece ser la interpretación más coherente, como he mencionado. la nueva línea jurisprudencial sobre los delitos de odio podría dejar de tener en consideración esta cuestión.

Finalmente, el último requisito del tipo penal es la publicidad de las actuaciones, de forma que solamente se entenderá completado el injusto cuando el escarnio se produzca de modo conocido, es decir, que alcance «trascendencia» (324), divulgándose por cualquiera de los medios antes citados. Históricamente, se ha considerado un requisito esencial del injusto (325), puesto que «la única forma de ofender los sentimientos religiosos de alguien es mediante la realización de un

(322) Pone el acento en este criterio ESPINOZA ARIZA, J.: «El derecho a la libertad de expresión...», ob. cit., pp. 107 y 108. Además, pone de manifiesto la atención a la diferente racionalidad del pueblo musulmán respecto a su religión, «lo que imposibilita tratar ambas culturas con las mismas herramientas conceptuales» a la hora de ponderar los hechos.

(323) Vid. FERREIRO GALGUERA, J.: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 393.

(324) Vid. STS de 15 de julio de 1982.

(325) Así se consideraba por nuestra jurisprudencia en anteriores legislaciones penales, Vid. STS de 30 de diciembre de 1933; al respecto, Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., pp. 244 y 245.

acto del cuál éste pueda tener conocimiento» (326). Ahora bien, el concepto de publicidad ha variado de modo paralelo a la distinta significación de la religión en el Derecho penal español. De este modo, actualmente se entiende que la trascendencia del hecho no tiene por qué ser simultánea a la acción realizada, pudiendo ser posterior (327).

VII. *MORS ULTIMA RATIO*: TUTELA PENAL DEL RESPETO A LOS DIFUNTOS (ART. 526 CP)

Aunque haya sido incluido dentro de la rúbrica de los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (328), lo cierto es que el respeto a la memoria de los difuntos, como bien jurídico protegido, puede deslindarse de cualquier creencia religiosa (329). Sobre esta cuestión, es interesante considerar que las denominadas inhumaciones ilegales también han estado históricamente ligadas al bien jurídico protegido salud pública. No obstante, Pérez-Madrid ha expuesto acertadamente que existe una comprensible diferencia entre las inhumaciones ilegales y las profanaciones de cadáveres y sepulturas, hechos en los que no hay una dimensión sanitaria, sólo la hay en rara ocasión (330). Al respecto, podría argumentarse también que el bien jurídico protegido podría ser, en cualquier caso, doble o alternativo, atendiendo a la existencia o no de un *animus profanare*.

(326) Cfr. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 244.

(327) Vid. STSS de 30 de diciembre de 1933 y de 15 de julio de 1982; al respecto, Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., pp. 244, 250 y 251.

(328) La redacción de este precepto procede del Proyecto de 1980; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 254.

(329) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La libertad ideológica...», ob. cit., p. 270; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Constitución (VI)...», ob. cit., p. 1070; TERRADILLOS BASOCO, J.: «Protección penal...», ob. cit., p. 161; GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M.: «Derecho eclesiástico...», ob. cit., p. 316; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 255; el mismo: «Libertad religiosa...», ob. cit., p. 394. En contra, Vid. JASO ROLDÁN, T.: «Los delitos contra la religión...», ob. cit., p. 175; RODRÍGUEZ DEVESA, J.: «Derecho penal español...», 16.^a Ed., p. 936; LUZÓN PEÑA, J. M.: «Compendio...», 3.^a Ed., ob. cit., pp. 237 y 238. Con matices, considerando el bien jurídico protegido de carácter social y cuasi religioso, Vid. VILA MAYO, A.: «Los delitos contra la religión en el Derecho penal español», en VV. AA.: *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria*. Bosch, Barcelona, 1983, p. 1086; MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 855.

(330) Vid. PÉREZ-MADRID, F.: «La tutela penal...», ob. cit., p. 313; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., p. 255.

Sin embargo, en mi opinión, el delito de profanación de cadáveres contiene un tipo objetivo amplio que abarca no sólo el cuerpo material del difunto, sino también sus cenizas y lugar de descanso eterno e, incluso, introduce algunos conceptos abstractos como «*respeto debido a la memoria de los muertos*», verdadero bien jurídico protegido por el tipo penal (331) desconectado, en principio, de lo religioso (332). La interpretación literal del tipo cubre, tres dimensiones diferentes: espiritual (memoria, respeto), física (cadáver) y, finalmente, institucional o puramente material (sepulcro o lugar de reposo). No todas ellas, consideradas aisladamente protegen, en realidad, el sentimiento religioso o el respeto a la memoria de los muertos. Así, si nos ciñéramos a una interpretación parcelaria del tipo podrían quedar contenidos en el precepto otros bienes jurídicos colectivos, como es el caso de la salud pública (por ejemplo, desenterrar un cadáver y dejarlo expuesto con el consiguiente riesgo de contagio). Sin embargo, la conexión entre las diferentes dimensiones antes mencionadas se une con la exigencia del dolo genérico (*faltando al respeto debido*), por lo que se elimina la posibilidad de aplicar este delito a casos en los que existía una intencionalidad diferente (333) que la de atentar contra la

(331) Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 828; quien lo relaciona con la emanación de la dignidad humana.

(332) Vid. ROSSELL GRANADOS, J.: «Religión y jurisprudencia...», ob. cit., p. 380, si bien, a continuación, el autor indica: «creemos que este artículo va a estar impregnado de un elemento de religiosidad». En contra, algunos autores como Rodríguez Devesa, relacionan directamente la protección de la intangibilidad de los restos mortales con la creencia en la existencia de un alma inmortal; al respecto, Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...», ob. cit., p. 828.

(333) En el caso, por tanto, de que la intencionalidad sea la de producir el contagio de enfermedades, la conducta deberá llevarse al art. 365 CP, atendiendo a la cláusula genérica de «sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud». La dificultad de encajar tales conductas en el tipo penal se derivaría de la imposibilidad de considerar al cadáver como «sustancia», pero la interpretación más correcta es que se considere como tal al virus o bacteria que contiene el cuerpo y que puede contaminar las aguas potables. Cabe la comisión imprudente, conforme al art. 367 CP, si el cadáver no es tratado con las medidas de cuidado adecuadas y se produce el contagio. En caso de que el contagio se produjera de manera individual y directa, sin la mediación de alimentos o aguas contaminadas, causando una enfermedad somática grave en una persona, será posible estimar un delito de lesiones del art. 149.1 CP si se trata de una conducta dolosa o 152.1.2.^a CP si es imprudente. Además de ello, también cabría imponer la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de la profesión incluida en el art. 152.3 CP en caso de que no se hayan respetado las medidas de cuidado adecuadas, por ejemplo, en una institución sanitaria, pública o privada, o un instituto de investigación o de educación que trate con cadáveres. Otra posibilidad es atender a los delitos de riesgo en la manipulación, transporte o tenencia de organismos y que puedan causar un grave menoscabo a la salud de las personas (art. 349 CP), sin embargo, la interpretación del término «organismo» como ser viviente puede inva-

veneración, miramiento o deferencia –sea desde el sentimiento religioso o laico– que inspiran los difuntos y sus lugares de reposo.

Respecto a las conductas típicas en particular, el artículo menciona los verbos *violar*, *profanar*, *destruir*, *alterar* y *dañar*. El primero de ellos puede ser traducido por violentar, si bien nuestra lengua le otorga, por sí mismo, un significado análogo al de profanación (334). Curiosamente, el tipo penal asocia este verbo con el aspecto patrimonial o institucional, ya que parece indicar que se violan los sepulcros y sepulturas, mientras que los cadáveres se profanan. Quizás la distinción sea puramente anecdótica o lingüística, para evitar posibles confusiones con el significado sexual del verbo *violar*, si bien la *necrofilia* también se encuentra cubierta por el tipo como se verá a continuación.

En cuanto al segundo de los verbos, *profanar*, como he tenido oportunidad de explicar *supra*, su interpretación literal es exactamente la de no tratar algo sagrado con el debido respeto, aunque de un modo más coloquial debemos considerar profanación todo acto de deslucimiento de una cosa sagrada, o su uso profano e indigno. Quizás el verbo utilizado no sea el más afortunado en este caso, si se entiende un concepto amplio del bien jurídico protegido al margen de lo religioso, ya que parece remitir a lo «sagrado». Cabe plantear aquí los posibles atentados contra el «*honor y dignidad*» de los difuntos, concepto históricamente muy discutido en Derecho penal en relación a las injurias dirigidas a los fallecidos, pero que aquí encuentra mayor acomodo (335). En realidad, como se ha expuesto, el bien jurídico protegido no es propiamente la honra de los difuntos, sino los sentimientos de respeto de los familiares y allegados, tengan o no coinci-

lidar esta posibilidad. La opción de considerar como organismo a las sustancias infecciosas (virus, bacterias, etc.) que se encuentran en los cadáveres no salvaría la anterior interpretación, puesto que la obligación de custodia recae sobre los propios cadáveres. Si se interpreta la acepción organismos como conjunto de órganos de un cuerpo, a mi juicio, de forma muy extensiva, sería posible estimar tal delito. Al respeto, es interesante tener en consideración tales cuestiones en casos polémicos y actuales como el hacinamiento descontrolado de cadáveres en la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense. Al respecto, *Vid.* ALSEDO, Q. y HERRAIZ, P.: «El sótano de los horrores de la Universidad Complutense», noticia publicada en *El Mundo*, 19/05/2014; también, en el mismo periódico, *Vid.* «Manos Limpias denuncia ante la Justicia el hacinamiento de restos cadavéricos de la Complutense», publicada el 23/05/2014; y también: «La Complutense cree que hubo delito en la gestión de cadáveres en Medicina», publicado en 06/03/2015

(334) La RAE incluye entre sus definiciones la de «*profanar un lugar sagrado, ejecutando en él ciertos actos determinados por el derecho canónico*»; Cfr. Diccionario RAE, 22.ª Ed., Voz: «*Violar*» 3.tr.

(335) Así, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Manual...», ob. cit., p. 135; FERREIRO GALGUERA, J.: «Protección jurídico penal...», ob. cit., pp. 255 y 256.

dencia con el orden religioso. *Destruir, alterar o dañar* suponen tres atentados de distinta graduación contra el patrimonio material que conforma el sepulcro, mortaja o lugar de reposo del difunto: su total menoscabo o desintegración (destruir); realizar cualquier cambio sustancial de su esencial o forma, trastornando o estropeando su forma (alterar); y, finalmente, causar un menoscabo material o detrimento en la estructura física del lugar de reposo (dañar). Podría resumirse este último punto en la tipificación de una modalidad impropia o especial del delito de daños, siempre que exista el ánimo específico.

Una cuestión a destacar desde el punto de vista interpretativo es el significado de los términos *sepulcro* y *sepultura*, que ha sido resuelto por la doctrina de forma bastante amplia, entendiendo que a efectos penales es el lugar donde se encuentra enterrada la persona fallecida (336). El significado literal de ambos conceptos, siendo sepultura el hoyo que se hace en tierra para sepultar un cadáver o lugar donde se encuentra enterrado un cuerpo y sepulcro la construcción levantada en el suelo que lo alberga (337), no tiene relevancia a efectos penales. De ello se deriva que, para algunos autores, el delito solamente se perfecciona si el cadáver se encuentra en el interior del sepulcro o sepultura (338), afirmación que, en mi opinión, resulta bastante discutible atendiendo al bien jurídico protegido (el atentado contra un sepulcro o sepultura, aún sin cadáver en su interior, puede herir los sentimientos religiosos o laicos de respeto) y a la distinción de conductas que recoge el tipo penal. No obstante, nuestra jurisprudencia mayor ha indicado que el bien jurídico protegido en estos supuestos es «*el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida*» (339). Esta cuestión queda matizada en la jurisprudencia, donde se admite que el legislador ha querido en la actual redacción del precepto, alejada de otras anteriores que contenían referencias de tipo religioso, proteger la memoria del difunto, entendiendo que la dignidad humana se extiende más allá de la propia existencia física, no tanto por lo que pueda afectar al sujeto pasivo (quien evidentemente ya ha perdido la capacidad de sufrir) sino por los sentimientos de sus familiares y allegados. En cualquier caso, el respeto a los difuntos es un concepto con un marcado carácter sociológico (340),

(336) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho penal...», ob. cit.; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 985;

(337) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 986.

(338) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: «Manual de Derecho penal...», ob. cit., p. 626.

(339) Cfr. STS de 20 de enero de 2004; SAP Madrid 234/2010 de 15 junio.

(340) Vid. STS 62/2013, de 29 de enero.

cuya gravedad en su ofensa deberá ser interpretada por el juzgador atendiendo a criterios jurídicos y sociales.

En efecto, la permanencia de este delito en nuestro ordenamiento jurídico penal se justifica en tal valor social, frente a posibles soluciones despenalizadoras que podrían encontrar acomodo en la mera sanción administrativa o en el mayor resarcimiento civil a modo de indemnización por los daños morales causados a los familiares.

En el aspecto intencional, en el supuesto de menoscabo de urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos se exige el «ánimo de ultrajar» (*animus contumeliam*) que no es más que el ánimo de injuriar típico (341), siendo ambas actitudes sinónimas, teniendo únicamente como distinción la finalidad concreta de faltar al respeto a la memoria de los muertos. Por ejemplo, existirá tal ánimo cuando el dolo del actuante abarque, más allá de destruir el objeto material (tumba, sepulcro, etc.), una actitud irrespetuosa ante la memoria de los difuntos que en ellos descansan (342).

En el caso de la profanación o violación, sin embargo, para algunos autores no se trata de la exigencia de un particular ánimo, sino expresión del requisito de que las acciones de violación y profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto debido. De este modo, el dolo del autor deberá abarcar el conocimiento de la falta de respeto que supone su conducta (343). La jurisprudencia ha seguido

(341) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Derecho penal...», ob. cit., p. 987. La SAP Burgos 561/2013 de 18 diciembre, consideró que no debía castigarse por este delito a quien arrancó una cruz que se había colocado en el monte en memoria de un difunto, puesto que su intencionalidad era «mostrar su reprobación por lo que consideraba afrentas y faltas de respeto por parte de la Junta de Cazadores contra el acusado y su familia, arrancando la cruz y llevando, en un acto reprochable socialmente, pero no penalmente, lo que al venir configurado como un elemento subjetivo del injusto que excluyen no sólo la imprudencia sino el dolo eventual».

(342) SAP Madrid 234/2010 de 15 junio, «es evidente en este caso que existe ese ánimo de ultraje que niega la defensa, por cuanto no se puede entender existiera un mero ánimo de destruir o dañar algún objeto común que se hallara en un momento determinado a su alcance, sino por el contrario de tumbas, a las que se accedieron precisamente para ello, de noche, saltando la valla del cementerio que las contenía, para así propinarles patadas, golpes, pedradas rompiendo los crucifijos e imágenes y piedras de las lápidas, lo que supone sin duda faltar el respeto debido a la memoria de los muertos, y al sentimiento de sus familiares, y que comprende el ultraje en definitiva que requiere el tipo penal»; SAP Segovia 73/2004 de 30 noviembre, que condena a una menor por entrar en el cementerio poniéndose a correr y a jugar causando daños a lápidas y adornos de las mismas. La SAP Valladolid 98/2013 de 9 abril condena por el delito daños en 33 nichos profanando dos, si bien el acusado presentaba una causa de exención de la responsabilidad criminal.

(343) Siguiendo a Córdoba Roda, Vives Antón y Carbonell Mateu, Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «Delitos contra...», ob. cit., p. 906.

este último criterio (344), indicando que hay que considerar que, como elemento subjetivo, sólo es necesario aquí el dolo, en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos especificados en la norma: conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y además conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». Nada se dice al redactar este texto de «ánimo de», «con intención de», «con propósito de», «a sabiendas de», «con el conocimiento de», etc. que es como generalmente en nuestro CP se viene configurando este específico elemento subjetivo del injusto.

Sin embargo, es interesante la propuesta de interpretación realizada en la SAP Cuenca 80/2000 de 16 octubre, donde se indica que «sin duda alguna, exige un elemento subjetivo consistente en el ánimo de ultraje a la memoria de la persona fallecida, pero resulta innegable que la simple profanación de un cadáver supone la falta al respeto a la memoria del muerto, lo que conduce a afirmar que tal expresión tiene una significación objetiva la cual solamente precisa que el agente sea consciente de que con esa falta de respeto realiza la acción punible. Por ello se puede afirmar que el elemento tendencial opera en sentido negativo o excluyente, de modo que la profanación del cadáver deviene acción punible salvo que su autor acredite que no fue debido a falta del respeto debido al difunto, sino a cualquier otra cuya cumplida prueba corresponde acreditar cumplidamente al que la alega como causa excluyente de la responsabilidad que es».

Cabe en estos supuestos el error de tipo, cuando quede acreditado que el sujeto activo no tuviera conocimiento de que en el lugar se encontraba depositado el cadáver o sus cenizas.

(344) Aunque sí se entendía necesario este ánimo en el art. 340 CP 1973; Vid. STS de 19 noviembre 1991, donde se puede leer: «*el dolo específico de faltar al respeto debido a la memoria de los muertos mediante la ejecución de cualesquiera actos de profanación de cadáveres que así lo demuestren, al aparecer de una manera clara y patente en el relato de hechos probados de la resolución impugnada que no fue el deseo que guio al procesado el de menospreciar u ofender el cadáver de su víctima al desvestirla y hacer lo propio consigo mismo colocándose después sobre el cuerpo desnudo de aquella eyaculando sobre él, sino que su verdadero propósito y finalidad al practicar estos actos estuvo encaminado a clavarse en el pecho el cuchillo que aún tenía entre sus manos, lo que no consiguió a pesar de intentarlo varias veces desistiendo después de darse muerte a si mismo como era su intención, es visto que por ello falta el elemento esencial de este tipo de infracciones, que es imprescindible concurra para poder sancionarlas*». Para entender la interpretación de los hechos, debe tenerse en cuenta que el acusado presentaba una eximente de la responsabilidad criminal.

Al hilo de lo anteriormente expuesto, la STS de 12 de diciembre de 2007 (345), constata que el precepto contempla varias conductas o tipos diferenciados y múltiples objetos materiales. Las primeras se pueden dividir en tres variantes, dos de ellos íntimamente enlazadas: violación de sepulturas y profanación de cadáveres, realizadas ambas modalidades «faltando el respeto debido a la memoria de los muertos», y la destrucción, alteración o daños de otros objetos funerarios.

a) Violación de sepulturas o sepulcros y profanación de cadáveres o sus cenizas: las conductas de «violar» y «profanar» tienen, según la doctrina, un significado jurídico heterogéneo por la multiplicidad de su uso en el texto punitivo gramatical y vulgarmente violar que goza de varias acepciones como «infringir una Ley o precepto», «profanar su lugar sagrado», «ajar o deslucir una cosa», «acción que material y físicamente incide sobre un determinado objeto, a través de formas tales, como las de penetrar, hollar o manipular». Sintetizando todas ellas, podemos considerar aquellas conductas como cualquier acto que implique violentar o manipular el interior, descubrir o penetrar un sepulcro o sepulturas.

Estas dos últimas se confirman como el objeto de la acción y aunque realmente no sea necesaria su diferenciación en cuanto ambos se corresponden con el lugar donde se entierra un cadáver, la doctrina los separa, definiendo «sepulcro como obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar custodia a un cadáver y sepultura como «hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos debe exigirse que el cadáver se encuentre dentro, de cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

En la segunda hipótesis, el concepto de profanar hay que concebirlo como acción de deshonra o menosprecio directamente dirigida sobre el cadáver o sobre sus cenizas.

El Código Penal actual para solventar las dudas que generaba el antiguo art. 340 CP 1973, ha extendido el objeto material tradicional del cadáver (cuerpo sin vida de una persona) a las cenizas, siguiendo con buen criterio el Derecho Penal alemán, por cuanto éstas merecen idéntico respeto y protección.

Ahora bien, como consecuencia de estos comportamientos se ha de faltar al respeto debido a la memoria de los muertos. La naturaleza de este requisito es controvertida en la doctrina, reconoce la sentencia citada en la línea antes comentada: un sector considera que se trata de un especial elemento subjetivo del injusto, equiparable a un concreto

(345) Sigue estas consideraciones y las incluye en sus Fundamentos Jurídicos también las SSAP Madrid 234/2010 de 15 junio y Burgos 561/2013 de 18 diciembre.

ánimo del sujeto activo, dirigido a faltar al susodicho respeto. Para otro se trata de dotar de un carácter más objetivo, como un elemento típico expresivo de que las acciones de violación o profanación ostentan la significación objetiva de faltar al respeto, bajo este último punto de vista, se muestra como el reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o profanar un cadáver.

b) Destrucción, alteración o daños de otros objetos funerarios: este último inciso sí exige como elemento diferencial el ánimo de ultraje, configurado como un elemento subjetivo del injusto que excluyen no sólo la imprudencia sino el dolo eventual.

Ultrajar ha sido estimado como ajar o injuriar de palabra o de obra.

La acción típica admite tres posibilidades: destruir como deshacerse o inutilizar una cosa. Alterar como cambiar la esencia o forma de una cosa. Dañar como causar detrimento o menoscabo de una cosa. Esa cosa es el objeto material de la infracción concretado en urnas funerarias, panteones, lapidas o nichos, esto es objetos funerarios similares en su concepción a los ya analizados. Urnas funerarias son los objetos como vaso o caja de metal que guardan las cenizas de los cadáveres. Panteón, movimiento funerario destinado a enterramiento de varias personas. Lapida, piedra llana en que ordinariamente se pone una inscripción, en este caso, situada en el nicho, sepultura, sepulcro, panteón, para identificar al muerto. Nicho concavidad formada, generalmente en los cementerios para colocar un cadáver.

Conforme a nuestra jurisprudencia se han reputado actos de profanación: exhumación del cuerpo por motivos ilícitos (v.gr.: comisión de una estafa (346)); descuartizar los cuerpos, introducirlos mezclados en bolsas y arrojarlos a un pozo con escombros (347); introducir un palo por una de las cavidades orbitarias de la calavera de un cadáver insultando airadamente al muerto (348); necrofilia o realización de actos de contenido sexual con cadáveres (349); recoger huesos humanos del brazo para gastar bromas (350); dañar, diseccionar o manipular el cuerpo de la víctima mediante actos que ponen de mani-

(346) Vid. STS de 26 noviembre 1984.

(347) Vid. SAP Coruña 275/2012, de 25 mayo; un caso muy similar en SAP Málaga 15/2011 de 31 octubre.

(348) Vid. SAP Coruña 13/2004 de 16 julio.

(349) Vid. SAP Alicante 167/2001 de 2 abril; SAP Zaragoza 81/2003 de 19 diciembre; SAP Barcelona 628/2008 de 4 septiembre; SAP Barcelona 8/2010 de 18 marzo; SAP Las Palmas 42/2013 de 13 junio; SAP Granada 622/2014 de 24 octubre;.

(350) Vid. SAP Cuenca 80/2000 de 16 octubre.

fiesto la intención de menospreciar el cadáver (351) (en general cuando el hecho de manipulación del cadáver sea deleznable o muy despreciativo), no así cuando el descuartizamiento o desaparición tiene como intención ocultar el cadáver (352); sacar los restos de familiares fallecidos hace años dejándolos esparcidos por el suelo (353); exponer el cadáver a reactivos químicos alterando su configuración física (354); mantener oculto el cuerpo en estado de descomposición (355) (aunque deberá considerarse que se trata de una ocultación más allá de los límites del auto-encubrimiento impune); tenencia ilegítima y conservación de cadáveres o restos cadavéricos fuera de los lugares de enterramiento, sin corresponderse con la verdadera entidad (356).

Entre los límites de la profanación se encuentra la experimentación con cadáveres para fines científicos, investigadores o didácticos, en el pasado proscritos como delito contra la religión. Así, la manipulación y exhumación de cadáveres destinados a la investigación en universidades o en centros sanitarios es atípica (357), siempre que se cumplan los límites legales prescritos en la Ley 29/1980, de 21 de junio, de Autopsias clínicas (358). Asimismo, tampoco reputaran hecho delictivo alguno las manipulaciones ajustadas a la *praxis* criminalística llevada a cabo por los médicos forenses en la escena del crimen o en el momento del levantamiento del cadáver (359).

(351) *Vid.* SAP Tarragona 457/2010 de 25 octubre; SAP Murcia 69/2012 de 9 febrero; SAP Girona 371/2013 de 23 mayo; STJ Cataluña 33/2013 de 9 diciembre; SAP Lleida 411/2014 de 3 noviembre; STS 20/2016 de 26 enero.

(352) *Vid.* SAP Zaragoza Sentencia de 20 febrero 1995; SAP Tarragona 607/2011 de 22 noviembre; SAP Vizcaya 9/2012 de 3 febrero; SAP Sevilla 244/2012 de 24 abril; STS 62/2013 de 29 enero; SAP Guadalajara 1/2015 de 30 octubre.

(353) *Vid.* SAP Granada 771/2004 de 10 diciembre.

(354) *Vid.* SAP Madrid 115/2013 de 25 septiembre.

(355) Así lo estimó la SAP Madrid 307/2013 de 18 junio, por mantener oculto un cadáver durante dos días en el interior del maletero de un coche para después quemarlo.

(356) *Vid.* STS 1036/2007 de 12 diciembre, que castiga al responsable de funeraria que conservación en los bajos de la empresa y en su propio domicilio de urnas y cajas con restos cadavéricos, identificadas sin corresponderse con la verdadera entidad, e incluso cajas con cadáveres que supuestamente habían sido incinerados.

(357) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: Manual de Derecho penal... ob. cit., p. 626.

(358) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal... ob. cit., p. 855; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: Derecho penal... ob. cit., p. 986.

(359) *Vid.* SAP Sevilla 97/2005 de 22 febrero, que absuelve a médico forense que en diligencia judicial de levantamiento de cadáver examina los pechos y el pubis de la fallecida, de acuerdo con la *praxis* médico-legal aplicable.

Por otra parte, los actos de profanación deberán tener cierta entidad siendo posible aplicar el principio de insignificancia (360). De otro modo, se podría permitir que actos de importancia menor quedaran sancionados como delito máxime cuando ha desaparecido la falta del anterior art. 577.5 CP 1973 («*los que profanaren los cadáveres, cementerios o lugares de enterramiento con hechos o actos de carácter leve*»). Estos actos han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico y para esto sirve este requisito exigido en este artículo (la mencionada falta de respeto), como puede deducirse de que tal elemento típico no apareciera en la citada falta (361).

Otra de las formas de atipicidad recientemente indicadas por nuestro TS es la ocultación de cadáver, como forma de auto-encubrimiento impune o como parte del delito de encubrimiento. Así, se entiende que en casos en los que la única intención del acusado es la ocultación de un cadáver para evitar ser relacionado con el fallecimiento, sin existir ánimo de profanación no podrá computarse la comisión del delito de profanación (362). Sin embargo, advierte la jurisprudencia, habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia secundaria, el criterio de la absorción (concurso de normas del art. 8.3.º CP) (363).

Algunos autores consideran compatible la condena por este delito y la aplicación de la circunstancia agravante de actuar por motivos racistas, ideológicos o antisemitas del art. 22.4 CP, si la conducta tuviera como causa la condición religiosa, judía o la raza de los difuntos (364).

(360) No siendo así los hechos sobreseídos en el AAP León de 18 septiembre 2000, en el que se dejó sin castigo el entierro del cuñado de la denunciante en un panteón de su propiedad y perteneciente a la familia. De modo similar, en SAP Pontevedra 432/2007 de 26 octubre, se absuelve a los denunciados, propietarios pro indiviso con la denunciante de un panteón familiar, por trasladar los restos de la esposa y suegra del denunciado a otro cementerio.

(361) Vid. STS de 12 de diciembre de 2007.

(362) Así lo dispone nuestra jurisprudencia: SAP Alicante 229/2000 de 11 mayo;

(363) Vid. SAP Barcelona 628/2008 de 4 septiembre; SAP Barcelona 21/2011 de 27 junio

(364) Vid. LIÑÁN GARCÍA, A.: «La protección del factor religioso...» ob. cit., p. 828.

En torno al concepto del blanqueo de capitales. Evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal*

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Doctor en Derecho
Profesor de la UDIMA

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende analizar un fenómeno que, en la actualidad, constituye una preocupación para los organismos e instituciones nacionales e internacionales encargados de su prevención, y para la sociedad en general: el blanqueo de capitales. Se trata de reflejar la evolución de su concepto y la confusión que ha generado en el legislador español, que ha encontrado en el Derecho penal la herramienta necesaria para erradicar este tipo de delincuencia, manifestando ciertas conductas del tipo de injusto una ausencia de conectividad con la necesaria actividad enmascaradora propia del blanqueo de capitales, debiendo de considerarse, en otro caso, como agotamiento del delito previo o antecedente.

Palabras clave: *Blanqueo de capitales; actividad delictiva; concurso de delitos; delito previo; autoblanqueo; prueba indiciaria.*

ABSTRACT

This paper intends to show the first vestiges of the criminal rule of a phenomenon that, at present, constitutes a concern for both national and international organisms

* *El presente estudio se enmarca en el Proyecto I+D+I del Plan Nacional: «Ciberlaundry» DER2014-58257-R.*

and institutions in charge of its prevention, and for the society in general: money laundering. It reflects the evolution of the concept and the confusion that it has generated in the Spanish legislator, who has found in the Criminal law the necessary tool to eradicate this type of delinquency, by contemplating certain conducts that do not support the link of connection with the «masked» activity characteristic of money laundering. Rather it constitutes the depletion phase previous or precedent crime.

Keywords: *Money laundering; criminal activity; crime concurrence; previous crime; self money laundering; circumstantial evidence.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Evolución legislativa y antecedentes históricos en España.–III. Sobre el concepto del denominado blanqueo de capitales o bienes.–IV. Breve referencia a las distintas etapas o fases del blanqueo de capitales según el GAFI.–V. Las conductas típicas del delito del blanqueo de capitales, ¿concurso de delitos?–VI. Análisis del artículo 301.1 del Código Penal.–VII. La prueba indiciaria en el delito del blanqueo de capitales. Análisis jurisprudencial.–VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del blanqueo de capitales se ha convertido en una frecuente práctica ilícita hoy en día, considerándose prioritaria su prevención (1). Se estima que en el ámbito internacional se blanquean unos 600.000 millones de dólares de procedencia ilícita por año (2) y, según cálculos del Fondo Monetario Internacional, entre el 2% y el 5% de la economía mundial procede del lavado (3), pudiendo llegar a

(1) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a: «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (Coords.): *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 133. Acerca de los efectos negativos en cuanto a la alteración de la libre competencia y pérdida de confianza en el sistema financiero se refiere, entre otras circunstancias, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «Acelerar primero para frenar después: La búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, p. 2.

(2) Vid. BRASLAVSKY, G.: «Jaque a los paraísos fiscales», disponible en http://www.forodeseguridad.com/artic/discipl/disc_4011.htm.

(3) Acerca de los efectos e impacto social de este fenómeno, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L. O. 5/2010)», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012 pp. 2 y ss.

erosionar los principios del Estado de Derecho (4) y comportando una amenaza para la seguridad internacional. A ello hay que añadir la prácticamente imposibilidad de distinguir la economía lícita de la ilegal, al compartir técnicas idénticas de blanqueo (5). En atención a las cifras barajadas por Curbet, en los mercados financieros se mueven 1,3 billones de euros diarios mientras que las exportaciones mundiales de bienes y servicios no sobrepasan los 18.000 euros al día.

La actividad blanqueadora tiene el potencial suficiente como para generar importantísimos efectos distorsionadores en nuestra economía (6). Quizá por ello este delito, que afecta cuanto menos al orden socioeconómico y produce la introducción en el mercado financiero de grandes capitales o cantidades elevadas de dinero generados sin los normales costes de personal, financieros o industriales, y sin la debida carga tributaria, en palabras de Muñoz Cuesta, podría «dar lugar a una desestabilización de las condiciones del mercado y la competencia», atentando «a la estabilidad y al buen orden del mercado financiero» (7).

No podríamos introducir este trabajo que se realiza sin indicar que, tal y como con acierto atisba Vidales Rodríguez, «el orden socioeconómico se resiente por la inyección de bienes procedentes de la

(4) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Tecnocrimen», en VV. AA: *Nuevas Amenazas a la seguridad nacional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

(5) Vid. CURBERT HEREU, J.: «La criminalización de la economía y la política», en *Revista Gobernanza y Seguridad Sostenible*, 2004. Disponible en www.iigov.org

(6) Vid. GARCÍA BAÑUELOS, J. A.: «El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales», en *Revista Quincena Fiscal*, Aranzadi, núm. 1, 2015. pp. 1 y 14. En este sentido, señala el autor que el blanqueo de capitales altera la asignación de recursos y pone en riesgo la integridad del sistema financiero, poniendo como ejemplos la adquisición de activos inmobiliarios, coches, joyas y bienes de lujo, con fondos defraudados, implicando una tendencia al alza de los precios por un aumento de demanda de dichos bienes. Vid. GARCÍA BAÑUELOS, J. A.: *Últ. op. y loc. cit.* En este sentido, describiendo minuciosamente los distintos efectos perjudiciales del blanqueo de capitales en la economía, a nivel micro y macroeconómica, suponiendo una pérdida del control de la política económica, distorsión e inestabilidad económica, financiera y riesgo para la inversión, así como los efectos perjudiciales de carácter político en el ámbito de la sociedad civil, vid. FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013. Tesis doctoral, pp. 161 y ss.; 175 y ss.; 192 y ss.

(7) Cfr. MUÑOZ CUESTA, F. J.: «El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2013, p. 1.

comisión de delitos que es lo que causa distorsiones en el flujo de la economía legal y afecta a la libre competencia y al mercado» (8).

Ciertamente, el delito de blanqueo de capitales es, actualmente, un delito autónomo e independiente del delito de receptación, con el que tradicionalmente ha venido ligado y con el que se ha relacionado como una variante o modalidad del mismo, pero en los últimos años en el ámbito nacional e internacional se ha producido un incremento notable de estas actuaciones ilícitas con fines blanqueadores que han obligado a dictar y actualizar distintas Directivas de la Unión Europea, y que se han transpuesto en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros de la referida Unión. De gran interés resulta la Cuarta Directiva Europea, 2015/849, de 20 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, que junto con la actualización de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), resaltan las últimas técnicas empleadas en el blanqueo de capitales, así como las orientaciones más avanzadas para prevenirlas. En este sentido, el GAFI fue creado en 1989, y desde entonces ha venido concentrando y descubriendo los nuevos métodos y procedimientos en el proceso de blanqueo. Sus Recomendaciones, sometidas a revisiones periódicas, no tienen fuerza jurídica vinculante, pero se consideran como el instrumento normativo internacional más eficaz para poner en práctica la política preventiva y de represión del blanqueo de capitales.

Por tanto, y fruto de la adaptación y actualización de la normativa penal española a las exigencias de los cuerpos normativos internacionales en materia de prevención de blanqueo de capitales, en los últimos años se ha producido una expansión (9) desorbitada por parte del Derecho penal en relación a la tipicidad objetiva y subjetiva de las conductas punibles asignadas al delito de blanqueo de capitales. Sin embargo, como con acierto apuntara Gutiérrez Rodríguez (10), este exceso legislativo punitivo *—en el orden administrativo no nos centra*

(8) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, pp. 12 y 13.

(9) Acerca de esa denominada expansión del Derecho Penal, *vid.*, también, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?», en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 26, 2009, p. 14. Con el autoblanqueo, la mera posesión y utilización de bienes se ha producido una expansión del tipo penal. *Vid.* VILLEGAS GARCÍA, M. A.: «El autoblanqueo y el delito fiscal como delito antecedente del delito de blanqueo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 95, 2013, p. 36.

(10) *Vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «Acelerar primero para frenar después...», *op. cit.*, p. 4.

remos en el presente trabajo—viene a vulnerar una serie de principios limitadores del Derecho penal en su vertiente de *ius puniendi*, resultando afectados los principios de proporcionalidad, *non bis in idem* y lesividad. Situación que sólo podría normalizarse suprimiéndose o, al menos modificándose, algunas expresiones establecidas en el artículo 301 del Código Penal.

Esta expansión del Derecho penal viene a significar, en palabras de Silva Sánchez, un «crecimiento del ámbito de intervención de aquél, agravación de las penas y flexibilización de las garantías político-criminales» (11), y el blanqueo de capitales constituye «una manifestación paradigmática del proceso de expansión del Derecho penal» (12). Y es que la expansión del Derecho penal es un fenómeno global (13) que no resulta baladí. En este sentido, «se manifiesta de modo común una confianza exacerbada en la capacidad del Derecho penal como mecanismo de resolución de conflictos sociales; o, en otros términos, una cesión al Derecho penal de amplias funciones de protección y prevención que éste, sin embargo, no puede cumplir. En efecto, el Derecho penal material fracasa cuando se le obliga a afrontar macroproblemas que desbordan su estructura concebida para fenómenos individuales o, en todo caso, individualizables» (14).

En cualquier caso, nunca la pena criminal ha sido el medio más eficaz para prevenir la delincuencia, sino más bien las medidas preventivas de carácter policial y político y, en su caso, sanciones administrativas o de otra índole (15). Empero, «el legislador, en su afán de

(11) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a: «Expansión del derecho penal...», *op. cit.*, p. 132.

(12) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a: Últ. *op. cit.*, p. 133.

(13) *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a: Últ. *op. cit.*, p. 131.

(14) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a: Últ. *op. cit.*, p. 131.

(15) Al respecto, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en Bajo Fernández, M./Bacigalupo Saggese, S. (Coords.): *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 12. Así, el autor atisba que «con la creación del nuevo delito se incurre pues en dos errores. En primer lugar, creer que las medidas penales son más eficaces que las administrativas o de otro orden en la lucha contra la delincuencia. En segundo lugar, pensar que el Derecho penal es un instrumento ideado para erradicar la delincuencia. Sobre ambos equivocaciones no es necesario que me extienda porque son de común opinión. En efecto, desde siempre se insiste en la necesidad de utilizar las medidas menos lesivas en la lucha contra el delito, porque el Derecho penal es un instrumento tosco que opera después de cometido el hecho delictivo. Es un aparato rudo porque utiliza las sanciones más lesivas del ordenamiento jurídico que, porque se imponen tras la comisión del delito, no tienen como objetivo principal la extirpación del fenómeno criminal sino otro fin distinto». Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito...», *op. cit.*, p. 15.

dar a los encargados de la persecución penal un arma eficaz para perseguir cualquier tipo de delito y evitar que exista un mercado paralelo de circulación de capitales que escape a los controles oficiales, ha creado un monstruo jurídico sin límites ni contornos claros y precisos, con el que cabe cometer cualquier arbitrariedad» (16).

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN ESPAÑA

Puede afirmarse que en España el delito de blanqueo de capitales tiene su origen (17) en la Ley Orgánica 1/1988, de 24 marzo, siguiendo las directrices marcadas por los trabajos preparatorios del Convenio de Viena (18) de 1988 (19). Con anterioridad, en nuestra normativa penal española se regulaba otro delito con el que tradicionalmente ha estado relacionado: el delito de receptación, tipificado por vez pri-

(16) Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (Coords.): *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 172. En la misma línea, Del Rosal Blasco ha manifestado que «esto, sin duda, es una peculiar forma de hacer política criminal, porque no es que se utilice el Derecho Penal para fines discutibles, como son los pura y duramente recaudatorios, aún a costa de desvirtuar su función, sino que es, lisa y llanamente, manipular el Derecho Penal, violentando sus estructuras lógico-sistemáticas, echando por tierra años de depurado desarrollo técnico-jurídico de la teoría jurídica del delito y de configuración de un Derecho Penal democrático y garantista en sociedades avanzadas». Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: «Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal», en *Diario La Ley*, núm. 8017, 2013, p. 6.

(17) Acerca de la evolución histórica del blanqueo de capitales, *vid.* FARALDO CABANA, P.: «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 21, 1998, pp. 21-23; DEL CARPIO DELGADO, J.: «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 15, 2011, pp. 8-10; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, pp. 8 y ss.; MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo” de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20, 2013, pp. 15 y 16; CASTELLANOS MORENO, C.: *Bien jurídico protegido y tipicidad en el delito de blanqueo de capitales*. Universidad Complutense, Madrid, 2015. Tesis doctoral. 2015, pp. 75 y ss.

(18) Sobre el procedimiento de elaboración del texto de la Convención de Viena, *vid.*, por todos, BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 103 y ss.

(19) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, celebrada entre el 25 de noviembre y el 20 de diciembre del mismo año.

mera en el primer Código Penal Español, que data de 1822 (20), junto con el delito de encubrimiento (21).

Sería, por tanto, la acaecida reforma en el Código Penal de 1973, en virtud de la LO 1/1988, de 24 de marzo (22), de reforma del Código

(20) Así, el artículo 17 del Código Penal de 1822 establecía que *«son receptadores y encubridores: primero: los que voluntariamente, sin concierto ni conocimiento anterior a la perpetración del delito, receptan o encubren después la persona de alguno de los autores, cómplices o auxiliares, o le protejan o defiendan, o le dan auxilios o noticias para que se precava o fugue, sabiendo que ha delinquido; u ocultan alguna de sus armas, o alguno de los instrumentos o utensilios con que se cometió el delito, o alguno de los efectos en que éste consista; o compran, expenden, distribuyen o negocian alguno de ellos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos o utensilios han servido para el delito, o que de él han provenido aquellos efectos. Segundo: los que voluntariamente, aunque sin conocimiento del delito determinado que se haya acometido, acogen, receptan, protegen o encubren a los malhechores, sabiendo que lo son, o les facilitan los medios de reunirse, u ocultan sus armas o efectos, o les suministran auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven (...)*».

(21) Los Códigos Penales de 1848, 1850, 1870, 1932 y 1944 siguieron la misma línea que el Código de 1822, regulando también de forma conjunta la receptación y el encubrimiento. La primera regulación verdaderamente autónoma de la receptación aparece en el año 1950, con la Ley de 9 de mayo, sobre la modificación del Código Penal, la cual introdujo en el Código Penal un nuevo Capítulo en el Título XIII, *«Delitos contra la propiedad»*, Capítulo VII *«Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación»*, regulándose la receptación en el artículo 546 bis a) al 546 bis f). En este artículo se castigaba la adquisición con propósito lucrativo de los efectos procedentes de delitos contra la propiedad realizados por terceras personas. La redacción de este artículo se ha mantenido sin grandes cambios hasta el Código Penal actual de 1995. Al respecto, *vid.* MALLADA FERNÁNDEZ, C.: *Un análisis tributario del blanqueo de capitales*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 2012. Tesis doctoral, pp. 33 y 34.

(22) La Exposición de Motivos de esta norma establecía que *«Se impone ahora, sin embargo, abordar de forma monográfica la modificación de un precepto penal que, por circunstancias diversas, ha devenido insuficiente para afrontar la pluralidad y heterogeneidad de manifestaciones criminales que surgen en torno al complejo mundo de las drogas.*

(...).

Sin lugar a duda alguna, se ha abierto paso ya en el contexto internacional la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas con el mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico. La reducción y eliminación de los beneficios económicos obtenidos a través de esta criminal actividad debe deparar los más positivos logros en la difícil lucha contra el tráfico de drogas.

(...).

No obstante, desde las propias leyes internas debe realizarse un esfuerzo para el hallazgo de instrumentos que permitan aproximar la lucha contra la droga a su indiscutible entidad económica. Desde ese punto de vista, la presente Ley Orgánica establece tres mecanismos que tratan de atajar los beneficios económicos surgidos de ese criminal negocio. Por una parte, se dispone la imposición de penas de multa

Penal en materia de tráfico ilegal de drogas (23), la que vino a introducir el artículo 546 bis f) [*trasladando el anterior 546 bis f) a la letra g)*], tipificando la denominada receptación específica, delito autónomo de la receptación pura (24), y configurándose como la primera regulación relacionada con el delito del blanqueo de capitales, tal y como lo conocemos hoy en día (25). El precepto disponía que «*El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a cien millones de pesetas. Se impondrán las*

de muy elevada cuantía. Además, se establece una modificación parcial de lo dispuesto en el artículo 63 de la norma citada, significando que en la determinación de la multa se tendrá en cuenta por la autoridad judicial, de manera preferente, el provecho o ganancia obtenidos o que hubieran podido obtener a través de la conducta criminal.

En segundo lugar, se amplían los términos de la figura del comiso, disponiendo como susceptibles del mismo los bienes, de cualquier naturaleza, utilizados o que provengan de la conducta delictiva. Por otra parte, para garantizar la efectividad de esa medida, se faculta a la autoridad judicial para aprehender los citados bienes en cualquier momento en que el proceso se encontrare.

En tercer término, con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas, se incorpora un nuevo precepto al capítulo VII del título XIII del libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de «blanqueo» del dinero de ilícita procedencia».

(23) Acerca de esta norma, *vid.*, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudios de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*. Tecnos, Madrid, 1989; PRIETO RODRÍGUEZ, J. J.: «En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma del Código penal sobre tráfico ilícito de drogas», en *Actualidad Penal*, núm. 47, 1988, pp. 2393-2421.

(24) Al respecto, *vid.*, entre otros, ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo en el Código español*. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 216-217; BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 316 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 339 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 152; ZARAGOZA AGUADO, J. A.: «El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación en el encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 115-117.

(25) En el Preámbulo de esta Ley se expone que «*se incorpora un nuevo precepto al Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose «blanqueo» de dinero de ilícita procedencia».*

penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código».

Si bien es cierto, la primera iniciativa internacional en esta materia sería la Declaración de Basilea, de 12 de diciembre de 1988, en la que los países que formaban parte del Comité de Supervisión Bancaria (26) establecieron las reglas deontológicas aplicables por el sector financiero. En esta Declaración se intentó dar un concepto de blanqueo de capitales en su Preámbulo (27), si bien es cierto, resultó demasiado restrictivo.

Días más tarde, el 20 de diciembre de ese mismo año, se aprobó el Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, en el que los países firmantes se comprometían a considerar el blanqueo de ganancias procedentes de la droga como una infracción penal. Este Convenio fue el primero en el que se ofrece una definición del blanqueo de capitales con trascendencia y relevancia internacional (28), ya que los países firmantes se comprometían a convertir en

(26) El Comité de Supervisión Bancaria constituye un foro internacional de cooperación en materia de supervisión bancaria. Su principal objetivo es mejorar la comprensión de los temas claves en el terreno de la supervisión y aumentar la calidad de la supervisión bancaria a nivel mundial, a través de la puesta en común de enfoques, técnicas y experiencias.

(27) Concretamente, dispone que «*los bancos y otras instituciones financieras pueden ser utilizados sin saberlo como intermediarios para las transferencias o el depósito de fondos Originados en actividades Criminales. 1005 criminales y sus asociados utilizan el sistema financiero para efectuar pagos y transferencias de fondos de una cuenta a otra; para Ocultar el origen de los dineros y su efectiva pertenencia y utilizan ilegalmente la custodia en las cajillas de seguridad. Toda la actividad Comúnmente llamada como «reciclaje» de fondos de procedencia ilícita.*

(28) El Convenio del Consejo de Europa siguió en líneas generales la línea marcada por el Convenio de Viena, aunque ampliando el concepto de blanqueo de capitales a todos aquellos bienes procedentes de cualquier tipo de delito. En este sentido, el artículo 6.1 disponía que «*cada Parte adoptará las medidas legislativas y de*

delito las conductas tipificadas en él, aunque, en todo caso, haciendo referencia a conductas relacionadas con el narcotráfico (29).

Volviendo a la legislación española, sería con el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1992 cuando se tipificó el blanqueo de

otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:

a) *La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;*

b) *la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos; y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico;*

c) *la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;*

d) *la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlo, y el auxilio, la complicidad, la ayuda y los consejos para que se cometa cualquiera de dichos delitos».*

(29) El Convenio de Viena de 1988 entró en vigor para España el 30 de julio de 1990, por lo que todo su contenido era de obligado cumplimiento en España. Así pues, el concepto de blanqueo de capitales en este Convenio se recoge en el artículo tercero, donde se reduce a aquellos bienes procedentes del narcotráfico, no de otras actividades delictivas. El Convenio insta a que cada una de las partes adopte las medidas necesarias para tipificar como delitos penales:

«b) i) *la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;*

ii) *la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;*

c) *a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:*

i) *la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;*

iv) *la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión».*

capitales como tal en el artículo 309 (30). En dicho precepto, por un lado, se castigaba el blanqueo de capitales cuyo delito precedente podía ser cualquier delito grave y, por otro lado, en los artículos 356 (31) y 357 (32) se tipificaba el blanqueo de capitales cuyo delito precedente fuese un delito de narcotráfico.

Por tanto, el término de blanqueo de capitales (33) se acuña por primera vez en 1992, en virtud de la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre (34), que modificó el Código Penal, dedicando un único capítulo a la receptación y al blanqueo de capitales en los artículos 344 bis h) e i), para seguir el concepto fijado por el Convenio de Viena de 1988. El legislador, siguiendo esta Convención, se limitó a transcribirlo casi literalmente (artículo 3 del Convenio de Viena). Sin embargo, no derogó el artículo 546 bis f), por lo que se produjo una duplicidad en la norma penal.

Las siguientes referencias al término resultarían de normativas administrativas. Así, aparece en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales,

(30) Si bien no llegó a entrar en vigor, el artículo 309.1 disponía que «*El que adquiera, convierta o transmita bienes, a sabiendas de que éstos tienen su origen en un delito grave, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito, o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes*».

(31) El artículo 356.1 prescribía que «*El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos procedieren de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizare un acto de ocultación o de encubrir el origen de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. 2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes*».

(32) El artículo 357 prescribía que «*El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes*».

(33) Aunque la normativa anterior se refiriera a la receptación específica, en realidad estaba definiendo el blanqueo de capitales, tal y como se conoce en todas las normativas, tanto nacionales como internacionales.

(34) Acerca de la Ley Orgánica y un detenido análisis de la misma, *vid.*, entre otros, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La última reforma del Código penal en materia de drogas», en *Revista General de Derecho*, núm. 583, 1993, pp. 2725 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El blanqueo de capitales precedentes del tráfico de drogas», en *Actualidad Penal*, núm. 32, 1994, pp. 583-613.

en el apartado dos del artículo primero (35); en el Real Decreto 925/1995 de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento (36) que completa a la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales; o en el Real Decreto 1245/1995 de 14 de julio, sobre normas de creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, entre otras.

En este contexto, el legislador trató de ordenar este «caos legislativo» que sufría el texto punitivo español. Así, se introduce este delito en el Título XII, Capítulo XIV, bajo la rúbrica «*De la receptación y otras conductas afines a la receptación*» (artículos 301-304 CP), dejándose en el olvido el término blanqueo de capitales. En esta tesitura, el legislador continuó *–tratando de evitar en todo caso dicha terminología–* sin realizar una redacción cristalina del delito del blanqueo de capitales. Téngase en cuenta, no obstante, que la actuación del legislador resultaría bastante desacertada, toda vez que el texto penal se alejaba de la opinión doctrinal mayoritaria que abogaba por utilizar la expresión blanqueo de capitales, ya manejada en la anterior versión de reforma del Código Penal, así como por los distintos textos internacionales (37) (Convenio de Viena, Recomendaciones GAFI, Declaración de Basilea de 1988, Directivas de la UE, entre otras), y por la normativa de otros países europeos (Suiza, Alemania, Italia, etc.). En este sentido, el GAFI (38), que no dispone de facultades legislativas,

(35) El precepto disponía que «(...) *Quedarán también sujetas a las obligaciones establecidas en esta Ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales (...)*».

(36) Cuyo artículo primero disponía que «(...) *Este reglamento regula, en desarrollo de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, las obligaciones, actuaciones y procedimientos dirigidos a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años(...)*».

(37) El delito de blanqueo de capitales es también fruto de una legislación supranacional que trata de armonizar las distintas legislaciones en aras de conseguir una normativa conjunta entre los países, pudiéndose señalar, inicialmente, la Recomendación del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980; la Declaración de Basilea de 19 de diciembre de 1988; la Convención de Interpol de 1 de diciembre de 1989; el Convenio del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990; el Tratado de Maastricht de 1992 y Tratado de Ámsterdam de 1997.

(38) El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un ente intergubernamental que se configuró en la cumbre del G7 de París, en 1989, por los Ministerios y sus jurisdicciones Miembro. El objetivo del GAFI es fijar estándares y promover

aunque sus Recomendaciones tienen una trascendencia práctica fundamental y han servido de base para el desarrollo de la legislación preventiva en materia de blanqueo de capitales en muchos países,

la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras instituciones y organismos a nivel internacional, el GAFI también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos.

El GAFI publicó las denominadas 40 Recomendaciones, reconocidas en los estándares internacionales y que, con el transcurso del tiempo, ha ido actualizando para adaptarlas a la realidad social. Así, la última versión de este Grupo datan de febrero de 2012. En la introducción del texto publicado, se expone que:

«(...).

Las 40 Recomendaciones originales del GAFI del año 1990 fueron una iniciativa para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero del tráfico ilícito de drogas. En 1996, se revisaron las Recomendaciones por primera vez para reflejar las crecientes tendencias y técnicas de lavado de activos y para ampliar su campo más allá del lavado de activos proveniente de las drogas. En octubre de 2001, el GAFI expandió su mandato e incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas y creó las importantes Ocho (luego ampliadas a Nueve) Recomendaciones Especiales sobre el financiamiento del terrorismo. En 2003, las Recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez y junto con las Recomendaciones Especiales fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT).

(...). Las revisiones contemplan nuevas amenazas emergentes, clarifican y fortalecen muchas de las obligaciones existentes, manteniendo la estabilidad necesaria y el rigor de las Recomendaciones.

Los estándares de GAFI han sido también revisados y se fortalecieron los requisitos para las situaciones de mayor riesgo a fin de permitir que todos los países se focalicen más en aquellas áreas de alto riesgo o donde se podría mejorar la implementación. Los países deben primero identificar, evaluar y entender los riesgos del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo que enfrentan, y luego adoptar las medidas adecuadas para mitigar los riesgos. El enfoque basado en riesgo permite que los países adopten medidas más flexibles para orientar los recursos de manera más efectiva y aplicar medidas preventivas acordes con la naturaleza de los riesgos para focalizar sus esfuerzos de manera más efectiva.

(...).

Los estándares del GAFI incluyen las Recomendaciones mismas y sus Notas Interpretativas, junto con las definiciones aplicables del Glosario. Las medidas establecidas en las normas GAFI deben ser implementadas por todos los miembros del GAFI y de los FSRB y su implementación es evaluada rigurosamente por medio de los procesos de Evaluación Mutua y de los procesos de evaluación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial sobre la base de la metodología de evaluación común del GAFI. Algunas Notas Interpretativas y las definiciones del glosario ilustran cómo se pueden aplicar los requerimientos. Estos ejemplos no son elementos obligatorios de las normas del GAFI, y se incluyen para guía solamente. Estos ejemplos no intentan ser exhaustivos y si bien se consideran indicadores útiles, pueden no ser pertinentes en todos los casos».

entre ellos España, ofreció en las «40 Recomendaciones del GAFI», como sugerencia a considerar, que quedase tipificado este delito en las distintas legislaciones siguiendo lo dispuesto en la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000 (Convención de Palermo) (39), esto es, que los bienes blanqueados procedieran de delitos de narcotráfico. Así mismo, sostiene el GAFI que el concepto de blanqueo de capitales debe ser ampliado según el ordenamiento jurídico de cada país a aquellos bienes procedentes de delitos graves, sin atender a la tipología delictiva, es decir, no sólo los delitos de tráfico de estupefacientes sino también cualquier otro.

Adentrados ya en el Código Penal vigente, aprobado en virtud de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (40), en su texto originario (41) de 1995 se regulaba el delito en su artículo 301.1 como sigue: «*El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para*

(39) Tal y como se expone en la tercera de las Recomendaciones GAFI, «*Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes*». Acerca de la normativa internacional en materia de prevención de blanqueo de capitales, y concretamente en relación a la Convención de Viena, *Vid. FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: Blanqueo de capitales... pp. 178 y ss.; 184 y ss.*

(40) En la Exposición de Motivos de esta norma se disponía que «*En la elaboración del proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar.*

No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse.

(41) Acerca del artículo 301 del texto originario de 1995, que regula el delito de blanqueo de capitales, son destacables, entre otros, diversos estudios. Al respecto, *vid. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo... op. cit., passim; DEL CARPIO DELGADO, J.: «El delito de blanqueo...», op. cit., passim; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: El blanqueo de capitales en el Derecho Español. Dykinson, Madrid, 1999, passim; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: El delito de blanqueo de capitales. Colex. Madrid, 1998, passim; FARALDO CABANA, P.: «Aspectos básicos...», op. cit., pp. 117 a 166; GÓMEZ INIESTA, D.: El delito de blanqueo de capitales en Derecho español. Cedecs, Barcelona, 1996, passim; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de recepción...», op. cit., passim.*

ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas (42) tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

2. *Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.*

3. *Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.*

4. *El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».*

Podemos apreciar que se exigía en el tipo el previo conocimiento por el sujeto activo de que los bienes procedían de un delito grave –*esto es, que llevasen pareja una pena privativa de libertad superior a tres años*–, o bien que el acto fuera dirigido a ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias legales de ciertos actos. En cualquier caso, y más allá de lo expuesto, el concepto de blanqueo de capitales acuñado por el Código Penal de 1995 difería, aunque levemente, del concepto ofrecido por la ley 19/1993 que, junto a la ulterior norma administrativa preventiva, la vigente ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, han mantenido el propósito de prevenir la utilización del sistema financiero mediante la imposición de obligaciones a determinados sujetos. Esta normativa siguió, pues, la línea que ofreció el Anteproyecto de Código Penal de 1992, y utilizó el término blanqueo de capitales definido en el artículo primero de la ley 19/1993. Este artículo vino a prescribir que sería blanqueo de capitales tanto «*la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la*

(42) Al respecto, *vid.* GALÁN CASTELLANOS, H.: «Narcotráfico y blanqueo de capitales: un problema internacional», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, pp. 213-226; GIL DE LA FUENTE, J.: «La criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita. Referencia al delito de blanqueo de capitales», en *La Ley Penal*, núm. 20, 2005, pp. 27-36.

persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado». Este concepto de blanqueo de capitales obedeció a la transposición del concepto establecido en las Directivas 91/308/CEE (43) y la Directiva 2001/97/CE (44), que a su vez fue modificada

(43) La primera Directiva de la Unión Europea que hace alusión al blanqueo de capitales, 91/308/CEE, ofrece un concepto bastante restringido del mismo, considerando como tal aquellos bienes procedentes del narcotráfico. Además, dispone que los Estados son libres para extender el concepto de blanqueo a los capitales procedentes de otros delitos que no estén relacionados con el narcotráfico. En este sentido, los actos que enumera la Directiva como constitutivos de blanqueo de capitales son los siguientes:

«– la conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

– la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

– la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

– la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución».

(44) Tras la modificación llevada a cabo por la Directiva 2001/97/CE, y su transposición al ordenamiento jurídico español, en virtud de Ley 19/1993, de 28 de diciembre, se amplió el concepto de blanqueo de capitales comprendiendo como delito previo no sólo los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, como ocurría con la Directiva 91/308/CEE, sino que se amplía en el artículo número uno el concepto de actividad delictiva, como «cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave. Se considerarán delitos graves, como mínimo, los siguientes:

– cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Viena,

– las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción común 98/733/JAI (...),

– el fraude según se define en el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves (...),

– la corrupción,

– los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho penal del Estado miembro.

por la ulterior Directiva 2005/60/CE (45), del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005. Y es que las Directivas de la Unión Europea (46) han tratado de dar uniformidad al concepto de blanqueo de capitales, destacando, en último término, la última Directiva (UE) 2015/849 (47), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo

(...).

Los Estados miembros podrán considerar actividad delictiva a efectos de la presente Directiva cualquier otro delito»; pasando a admitirse delito previo al blanqueo de capitales cualquier delito grave, más allá del de narcotráfico.

(45) La Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de noviembre de 2005. Esta Tercera Directiva sobre blanqueo de capitales derogó a la Directiva 91/308/CE. La definición del blanqueo de capitales aparece configurada en el párrafo segundo del artículo primero como sigue: *«A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales: a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;*

b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución».

(46) Acerca de la relevancia de las distintas Directivas Europeas que tuvieron lugar, sin adentrarse en la que vio luz en 2015, *vid. MALLADA FERNÁNDEZ, C.: «Un análisis tributario...», op. cit., pp. 73 y ss.; FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: «Blanqueo de capitales...», op. cit., pp. 222 y ss.; MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», op. cit., pp. 10 y ss.*

(47) En este sentido, en las consideraciones previas de la Directiva se apunta que:

«(1). Los flujos de dinero ilícito pueden dañar la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero y poner en peligro el mercado interior de la Unión y el desarrollo internacional. El blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y el crimen organizado siguen constituyendo problemas significativos que la Unión debe abordar. Aparte de continuar desarrollando el planteamiento penal a escala de la Unión, la prevención específica y proporcionada del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo resulta indispensable y puede producir resultados complementarios.

(4). (...). Con vistas a reforzar la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, los oportunos actos legislativos de la Unión deben adaptarse, cuando proceda, a las Normas internacionales sobre la lucha con-

de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. Al pretender este trabajo realizar un análisis desde el derecho penal, no profundizaré con mayor detenimiento en la normativa administrativa y en las Directivas Europeas.

Con buen tino apuntó Reclusa Etayo, en relación a la regulación originaria del artículo 301 en el texto originario de 1995, que «la redacción de la conducta penalmente reprochable, a primera vista resulta tan indeterminada y abarca tantas posibilidades de comisión, que tras una rápida lectura de los preceptos, no es difícil imaginar situaciones en las que un justiciable se vea injustamente «contagiado» o arrastrado dentro de la conducta típica. Y por tanto, acabe imputado, con las consiguientes medidas limitativas de sus derechos con las que van aparejadas imputaciones de esta clase de delitos. Sin embargo, por la propia dinámica de estos procesos difícilmente podrá salir de él, hasta fases procesales muy avanzadas, normalmente la sentencia. En el mejor de los casos, la satisfacción por la absolución no resarcirá la dureza de la primera fase de instrucción que mayoritariamente va acompañada de medidas cautelares limitativas de sus derechos fundamentales» (48).

Ya en el siglo XXI, otra reforma del Código Penal relevante fue la llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (49), con el objeto de adaptar el texto a las nuevas legisla-

tra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación adoptadas por el GAFI, en febrero de 2012 («Recomendaciones revisadas del GAFI»).

(11). *Es importante destacar expresamente que los «delitos fiscales» relacionados con los impuestos directos e indirectos están incluidos en la definición de «actividad delictiva» en sentido amplio con arreglo a la presente Directiva, de conformidad con las Recomendaciones revisadas del GAFI. (...)».*

(48) Cfr. RECLUSA ETAYO, A.: «Aproximación a la inquietante regulación del delito de blanqueo de capitales del art. 301 CP y su incidencia en el ejercicio diario de distintos y numerosos operadores jurídicos», en *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2009, pp. 57-61.

(49) La Exposición de Motivos de esta norma manifestaba que «*la reforma del Código Penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual*». Acerca de un estudio minucioso relativo al delito de blanqueo de capitales tras la reforma operada en 2003, *vid.*, entre otros, ABEL SOUTO, M.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*; MOLINA MANSILLA, M. C.: «El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código Penal», en *La Ley Penal*, núm. 42, 2007, pp. 59-71.

ciones (50) preventivas (51) del blanqueo de capitales (52) –pese a

(50) Acerca de un análisis de la evolución del blanqueo de capitales y su tratamiento en la normativa administrativa, *vid.*, entre otros, ESPEJO POYATO, I.: «El delito fiscal como delito base del delito de blanqueo de capitales», en *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 357, 2012, pp. 47 y ss.

(51) En este sentido, la Recomendación núm. 3 del GAFI, relativa al «delito de lavado de activos», dispone que «los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes». Ahora bien, en la nota interpretativa de esta Recomendación, que el propio GAFI añade en la última versión del texto publicado, se dispone que:

«1. Los países deben tipificar el lavado de activos con base en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988 (la Convención de Viena) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, 2000 (la Convención de Palermo).

2. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes. Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques.

3. Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad.

4. Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos. El delito de lavado de activos debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamente, los activos del crimen. Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante.

5. Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerrequisito sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente».

(52) Es opinión de Abel Souto que esta modificación «enmaraña el ya complejo sistema de consecuencias jurídicas, introduciendo medidas no previstas en la parte general del Código e inconstitucionales enajenaciones sin sentencia firme, y amplía los hechos previos a cualquier actividad delictiva, expansión que, amén de generar sorprendentes discrepancias entre la legislación preventiva y la represiva, priva al Derecho Penal de su concepción como *ultima ratio*», lo cual es un grave atentado contra el principio de seguridad jurídica. Cfr. ABEL SOUTO, M.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 19.

las discrepancias evidentes que han existido (53) y existen—, en virtud de la cual el delito previo podía serlo cualquiera que se encon-

(53) La discrepancia entre el CP y la normativa administrativa ha sido evidente. Así, el art. 3.1 b) de la Convención de Viena dispone que:

«Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: ... b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos».

En la misma línea, el art. 6.1 del Convenio de Estrasburgo, expone que:

«Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para considerar como delitos en virtud de su derecho interno, cuando sean cometidos de forma intencionada:

a. la conversión o transmisión de propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de las mismas o de ayudar a cualquier persona que esté implicada en la comisión del delito base a evadir las consecuencias legales de sus acciones;

b. la ocultación o disfraz de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad o derechos en relación con propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito; y, sujeta a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su sistema jurídico:

c. la adquisición, posesión o uso de propiedades, con conocimiento de que, el momento de su recepción, dichas propiedades eran producto de un delito...».

Así mismo, el art. 9.1 del Convenio de Varsovia dispone que:

«Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, cuando se cometan intencionadamente:

a) la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

trase tipificado en el Código Penal, superándose, de esta manera, la obligación de que el delito previo sea castigado con una pena de prisión superior a los tres años, a diferencia de lo dispuesto en el texto

b) *la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento, los derechos relativos a los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes son productos; y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:*

c) *la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos...».*

Por su parte, el art. 1.2 de la Directiva 2005/60/CE, refleja que «A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales:

a) *la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;*

b) *la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;*

c) *la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad...».*

En este sentido, y tal y como con acierto sintetiza Faraldo Cabana, tanto el art. 3.1 c) i) de la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (en adelante, Convención de Viena) como el art. 6.1 c) de la Convención de Estrasburgo, como el sucesor de éste último, el art. 9.1 c) del Convenio de Varsovia, lo hacen «a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico». A ello hay que añadir que el primer caso se refiere exclusivamente a bienes procedentes de los delitos de tráfico de drogas y no de cualquier delito, como se ha recogido en el texto español. Lo mismo ocurría en el caso de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que se refería a la actividad delictiva mencionada al contemplar «*la tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad*», a las conductas referidas en el art. 3.1 a) de la Convención de Viena, por tanto, al tráfico de drogas. Bien distinta es la referencia a lo que se entiende por «*delito grave*» en el art. 3.5 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (versión consolidada), incomparablemente más amplia. Al respecto, *vid.* FARALDO CABANA, P.: «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 34, 2014, pp. 41-79, p. 59, nota. *Vid.*, también, FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: «Blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 211 y ss.

originario de 1995. En este sentido, el precepto nuclear, el artículo 301.1, disponía que «*El que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. (...)*».

Posteriormente, tuvo lugar la modificación del Código Penal a tenor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (54), de reforma del Código Penal, que en materia del delito de blanqueo es la última reforma del texto punitivo que ha tenido lugar. Ahora bien, si bien en el Anteproyecto de 2008 no aparecía en su contenido la expresión «actividad delictiva», es cierto que en el Informe del Consejo Fiscal se proponía que debía aprovecharse la reforma para sustituir la referencia «delito» por el de «actividad delictiva», en armonía con el delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronunciase sobre un delito antecedente concreto. Y puede que el legislador, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial (55) y la recomendación del Consejo Fiscal, decidiese sustituir el término delito por el de actividad delictiva para acabar así con la polémica doctrinal que giraba en torno a si el término delito debía ser interpre-

(54) Acerca de la reforma de 2010, en relación al delito que analizamos, *vid.*, entre otros, ABEL SOUTO, M.: «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (Coords.): *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 61-109; DE ALFONSO LASO, D.: «La modificación del delito de blanqueo de capitales», en VV. AA: *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 253-362; GALLEGRO SOLER, J. I., en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (Coords.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 663-670; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «Receptación y blanqueo de capitales», en Álvarez García, F. J./González Cussac, J. L. (Dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 339-346; QUINTERO OLIVARES, G., en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios al Código penal español*. Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 441-460; ZARAGOZA AGUADO, J. A., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*. Lex Nova, 2.ª ed., Valladolid, 2011, pp. 1152-1182; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, *passim*; MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, pp. 18 y 19; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «Acelerar primero para frenar después...», *op. cit.*, *passim*.

(55) Así, entre otras, *vid.* SSTS 1704/2001, de 29 de septiembre; 1504/2003, de 25 de febrero de 2004; 1368/2004, de 15 de diciembre; 266/2005, de 1 de marzo; 1426/2005, de 13 de diciembre; 449/2006, de 17 de abril; 506/2006, de 10 de mayo; 115/2007, de 22 de enero; 801/2010, de 23 de septiembre; 961/2010, de 11 de noviembre.

tado o no como un hecho típico y antijurídico, bastando con la prueba indiciaria –sobre la que tendremos la oportunidad de tratar en el apartado correspondiente– para el caso de que no fuere posible aportar o evidenciar pruebas directas, no siendo ya necesario esperar a una sentencia firme de condena (56).

Así las cosas, y tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, se produjo un acontecimiento significativo en la regulación penal del delito de blanqueo de capitales, de manera que el artículo 301 prescribía, y no ha variado su redacción, lo siguiente:

«1. *El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, 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 el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.*

(...).

2. *Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos».*

Ciertamente, cabe afirmar que hasta la publicación de la LO 5/2010, no disponíamos de una definición jurídica del blanqueo de capitales, por lo que se producía cierta confusión con el delito de

(56) Vid. COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: *Blanqueo de capitales, Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europeas)*. CESEJ-Ediciones, Madrid 2005, pp. 82 y ss.; CÓRDOBA RODA, J.: *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de Capitales*. Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 64 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, pp. 22 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito...», *op. cit.*, p. 17.

receptación, con el que como ya se ha dicho, compartía Capítulo (y sigue haciéndolo en la actualidad). No podemos negar que ambos tipos penales presentan ciertas similitudes –*blanqueo de capitales y receptación*–, ofreciendo particularidades muy específicas (57) y

(57) Ambos delitos tienen elementos en común, tales como la existencia de una infracción penal previa en cada uno de ellos (actividad delictiva en el caso de blanqueo), sin los cuales no pueden existir, pero también presentan divergencias entre sí. Así, y en puridad, el delito precedente en la receptación ha de ser un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, mientras en el delito de blanqueo de capitales permite la comisión previa de cualquier delito –con independencia de la gravedad–, e incluso de cualquier actividad delictiva, sin que sea preciso esperar a una condena por parte de un órgano jurisdiccional, si queda probada la existencia de actividad delictiva previa. Por otra parte, el autor del blanqueo de capitales puede ser autor de los dos delitos, del delito previo y del de blanqueo, pero en el delito de receptación el autor nunca puede ser autor del delito previo, sólo se le exige que conozca con exactitud la comisión del delito previo pero nunca su autoría. Al respecto, *vid.* STS de 21 de noviembre de 1994. Esta distinción será primordial para distinguir ambos delitos: blanqueo y receptación, pero además, las divergencias son más amplias, pues el ánimo de lucro es un elemento esencial en el delito de receptación, mientras que en el blanqueo de capitales no se exige ese *animus*, sino que algunos autores se han referido al ánimo de lucro secundario, implícito en el blanqueo de capitales. Por otro lado, en el delito de receptación el autor debe tener conocimiento del origen delictivo de los bienes, no es suficiente con que haya tenido sospechas sobre la procedencia de esos bienes, sino que tiene que existir dolo. En cambio, un aspecto subjetivo del delito de blanqueo de capitales estriba en que no se exige un conocimiento exacto de la procedencia ilícita de los bienes, sino un conocimiento de que dichos activos proceden de un delito, permitiendo la comisión imprudente. De este modo, se sanciona la realización de los hechos mediante imprudencia grave tanto si tienen su origen en el desconocimiento imprudente del origen delictivo de los bienes (artículo 301.3 CP) como el incumplimiento imprudente de las obligaciones legales que la normativa sobre el blanqueo impone a determinados sujetos. *Vid.*, al respecto, MALLADA FERNÁNDEZ, C.: «Un análisis tributario...», *op. cit.*, p. 38, nota.

En cuanto a las consecuencias de los delitos que estamos analizando, cabe señalar, en primer lugar, que la pena del blanqueo puede ser superior a la del delito previo, mientras que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 298.3 CP, para el delito de receptación, donde se expone que «*en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto*». Las penas propuestas para los autores del blanqueo de capitales pueden ser superiores a las señaladas para los delitos previos. Así, el artículo 301.1 CP prescribe que «*el que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes*». Por su parte, en el delito de receptación, la pena impuesta no puede rebasar la de los delitos previos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 298.3 CP, en virtud del cual «*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 encu-*

atendiendo a la protección de bienes jurídicos diferentes, aunque sobre esta cuestión nos detendremos en otro momento, al no resultar una cuestión pacífica.

Sería, como digo, la LO 5/2010, de 22 de junio, la última modificación relativa al delito de blanqueo de capitales (58), y que además de realizar cambios sustanciales en el tipo penal, introduce por primera vez (59) en el Código Penal su propia denominación. Además, tal es el reconocimiento que muestra el legislador que lo ubica en el Capítulo XIV, «*De la receptación y del blanqueo de capitales*», incluyéndose en el tipo penal las ganancias de cualquier clase –*ganancias o bienes*– procedentes del blanqueo de capitales, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, incluyendo, además, las

bierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

Finalmente, y teniendo en cuenta que en el delito de blanqueo si el culpable hubiera obtenido ganancias serán decomisadas conforme a las reglas establecidas en el artículo 127 CP, en este delito se aprecia una evidente vinculación con las organizaciones internacionales, lo cual se pone de manifiesto en el artículo 302.1 del CP que, por último, origina el llamado «blanqueo en cadena». El artículo 301.4 del Código Penal es el que le da el carácter transnacional a este blanqueo en cadena, por lo que «*el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero*».

(58) La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 no contiene ninguna referencia expresa a la justificación de la modificación relativa al delito de blanqueo de capitales. Ahora bien, sí indica, de forma genérica, que «*Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección*».

(59) Al respecto, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G.: «El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 698, 2006, pp. 1-6; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales», en *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 37, septiembre, 2007, pp. 157-174; REQUE MATA, S.: «¿Puede considerarse el delito fiscal previo al delito de blanqueo de capitales?», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (Coords.): *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 285-288; FERNÁNDEZ TERUELO, J.: «Capítulo 14: Blanqueo de Capitales», en VV. AA: *Memento Experto, Reforma Penal, LO 5/2010*. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, núm. 2970; RUANO MOCHALES, T.: «Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo», en *Diario La Ley*, núm. 7352, 2010; FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, p. 43.

modalidades de mera posesión y utilización de bienes como formas de consumación del delito de blanqueo. Tales cuestiones, como podremos apreciar, no han resultado ociosas para diversas voces autorizadas en la doctrina científica.

Ciertamente, la normativa penal de 2010 ha superado los criterios de rigidez y sanción que demandaban las exigencias internacionales (60). Se debería de haber restringido la tipicidad del delito en la forma estipulada por el art. 6.1 a) y b) del Convenio (61) de Estrasburgo (62). En este sentido, la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, superó las exigencias de tipificación internacionales (63), por lo que hubiera sido más recomendable reproducir literalmente lo dispuesto en el Convenio de Estrasburgo, limitándose la punición a los supuestos de mayor gravedad (principio de proporcionalidad). Concretamente, los artículos 6.1 a) y b) del Convenio. No obstante lo anterior, y en palabras de Bajo Fernández, «el argumento de que el delito de blanqueo se crea por cumplimiento de instancias internacionales, no es enteramente exacto porque desde estos organismos sólo se obliga a imponer medidas preventivas de toda índole y sanciones «eficaces, proporcionadas y disuasorias», cualidades que pueden tener también las sanciones administrativas» (64). En este sentido, Matallín Evangelio apunta que se deberían criminalizar «las conductas de conversión o transmisión de los bienes derivados de la actividad delictiva, así como las de ocultación o simulación, con las limitaciones allí establecidas» y, por otra parte, se deberían de «haber destipificado las for-

(60) Acerca de la normativa supranacional en la prevención y represión del blanqueo de capitales, *vid.* MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, pp. 3 y ss. Por su parte, Molina Fernández es de la opinión de que el delito de blanqueo obedece a instancias supranacionales, *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «¿Qué se protege en el delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 11.

En este sentido, prescribe el artículo 96.1 de la Constitución Española de 1978 que «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*», de forma que se configuran como fuente general del derecho, conllevando obligaciones normativas en el territorio nacional una vez se publican de forma oficial en España.

(61) Acerca del Convenio de Estrasburgo, *vid.*, entre otros, MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, pp. 7 y ss.

(62) *Vid.* MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, p. 3.

(63) *Vid.*, en este sentido, ESPINOSA LABELLA, M.: «El blanqueo de capitales en la normativa europea, en el derecho español y en la jurisprudencia», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 23, 2010, pp. 51-67.

(64) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito...», *op. cit.*, p. 15.

mas de blanqueo realizadas por el partícipe en el delito previo, o, por lo menos, haber guardado silencio al respecto» (65).

En cuanto a la sustitución del «delito previo» por «actividad delictiva», tras la reforma penal de 2010, se atendió al Informe de 4 de febrero de 2009 del Consejo Fiscal (66) sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que apuntaba que «*se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (STS 115/2007, de 22 de enero de 2007)*», aunque en la *praxis* ya se estaba aceptando por la jurisprudencia el castigo sin condena previa por el delito antecedente.

En relación a esta sustitución terminológica (67) –*actividad delictiva por delito*–, se pronunció, entre otros autores, Del Carpio Delgado, quien sostiene que «puede que el legislador, teniendo en cuenta el criterio unánime de la jurisprudencia y la recomendación del Consejo Fiscal, haya decidido sustituir el término delito por el de actividad delictiva para acabar así con la polémica doctrinal que gira en torno a si el término delito debe ser interpretado como un hecho típico y antijurídico, bastando con la prueba de su existencia en el proceso que se sustancie por el presunto blanqueo, o si éste no sería tal sin una sentencia penal firme y definitiva anterior en la que se pruebe que los bienes tienen su procedencia en dicho delito. Al respecto, en los documentos internacionales y europeos, el término actividad delictiva es considerado como hecho típico y antijurídico constitutivo de delito» (68).

Ahora bien, tal y como apunta García San Martín, quien cataloga a dicha sustitución terminológica de «insustancial y estéril sustitución terminológica» (69), «si por actividad delictiva no podemos entender

(65) Cfr. MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, p. 3.

(66) Informe de 4 de febrero de 2009 del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pp. 162-163.

(67) La sustitución de la anterior comisión de un delito por la actual contemplación de actividad criminal puede tener la justificación, en palabras de Muñoz Cuesta, en que «el concepto delito presupone unos hechos que objetiva y subjetivamente encuentren acomodo en un tipo concreto del Código Penal y por el contrario actividad delictiva se asemeja más a conductas que tengan una apariencia criminal sin que se tenga que hacer con ellas una tipificación concreta (...)». Cfr. MUÑOZ CUESTA, F. J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 4.

(68) Cfr. DEL CARPIO DELGADO, J.: «La posesión y utilización...», *op. cit.*, p. 4.

(69) Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, J.: «La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales», en *Diario La Ley*, núm. 8587, 2015, p. 7. Para otros autores, en cambio, el concepto de actividad delictiva, en lugar de delito, es una expresión más

sino la comisión de acciones, cuanto menos, típicas y antijurídicas, siendo la actividad delictiva precedente un elemento objetivo del tipo del blanqueo de capitales, y siendo exigible la constatación de todos y cada uno de los elementos del tipo para poder fundamentar una sentencia condenatoria, concluimos con palmaria obviedad, que resulta exigible acreditar, para fundamentar una sentencia condenatoria por la comisión de un delito de blanqueo de capitales, la precedente comisión de al menos una acción típica y antijurídica». Continúa el autor afirmando que «las acciones típicas y antijurídicas, en el plano estricto de una verdad jurídica y como realidad no siempre coincidente con una verdad material, son las que así quedan declaradas o determinadas en una sentencia y devenida firme, tras el consiguiente proceso con sujeción a todos y cada uno de los principios que, inderogablemente, le son propios. A *sensu* contrario, todo lo demás, no son acciones típicas y antijurídicas, serán sospechas, conjeturas, indicios, etc..., de acciones típicas y antijurídicas» (70). Y en relación a la acreditación de la existencia previa de una actividad delictiva, considera García Pérez que «la constancia de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo, no requerirá de otras exigencias que la de la presencia antecedente de una actividad delictiva que permita, en atención a las circunstancias del caso concreto, la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico, ni de los concretos partícipes en el mismo» (71). Otra perspectiva, esta vez procedente de Abel Souto, estriba en que «si el Tribunal Supremo hasta ahora no había tenido ningún problema para sancionar el blanqueo sin condena previa por el delito antecedente, no se termina de entender la necesidad de la modificación, sobre todo cuando resulta tan perturbadora como para que algunos se cuestionen si con ella ahora las faltas integran el hecho previo del blanqueo. La reforma resultaba innecesaria porque ya el art. 300 del Código Penal evidencia que el blanqueo simplemente requiere un hecho antecedente típico y antijurídico, pero no precisa ninguna declaración de culpabilidad del autor previo, ni su castigo efectivo. A tal punto llega la desvinculación del hecho antecedente con el blanqueo que, a diferencia del encubrimiento y la recepción, la pena no se encuentra limitada, en modo alguno, por la que

«adecuada a la realidad criminológica del blanqueo». Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: «Delito fiscal y bienes con origen en actividad delictiva como objeto de blanqueo», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 111, diciembre 2013, p. 72

(70) Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, J.: «La concreción del delito...», *op. cit.*, p. 3.

(71) Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. I.: «La prueba en el delito de blanqueo de capitales: aspectos prácticos», en *Diario La Ley* núm. 7177, 2009, p. 4.

corresponda a la infracción base, lo que confirma la autonomía o independencia del blanqueo y su desconexión con el delito previo» (72).

III. SOBRE EL CONCEPTO DEL DENOMINADO BLANQUEO DE CAPITALES O BIENES

El término blanqueo de capitales en el ámbito judicial tiene su origen en 1982 en los Estados Unidos, con la denominación «*money laundering*», tras un caso sobre el comiso de un dinero blanqueado procedente de la cocaína colombiana (73). Empero, el blanqueo es denominado de diferentes maneras según el ordenamiento jurídico del país de que se trate. Así, en Italia es conocido como *riciclaggio* o reciclado de dinero; en Alemania como *Geldwäsche*; en Francia como *blanchiment*; y en Portugal, *branqueamento*. En los países de habla hispana, por lo general, se conoce como «lavado de activos», mientras que en Bolivia se denomina «legitimación de ganancias ilícitas» (74).

(72) Cfr. ABEL SOUTO, M.: «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», en *La Ley Penal*, núm. 79, 2011, p. 3.

(73) Vid. BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 86; MALLADA FERNÁNDEZ, C.: «Un análisis tributario...», *op. cit.*, p. 45.

(74) La Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) hizo una enumeración de los distintos términos utilizados por los países latinoamericanos:

- Bolivia: Legitimación de ganancias ilícitas.
 - Brasil: Lavado de Bienes, Derechos y Valores.
 - Chile: Lavado de Dinero.
 - Colombia: Lavado de Activos.
 - Costa Rica: Legitimación de Capitales procedentes del narcotráfico.
 - Cuba: Lavado de Dinero.
 - Ecuador: Conversión o transformación de bienes (Lavado de Dinero).
 - El Salvador: Lavado de Activos.
 - Guatemala: Transacciones e inversiones ilícitas.
 - Honduras: Lavado de Dinero o Activos.
 - México: Operaciones con recursos de procedencia ilícita.
 - Nicaragua: Lavado de Dinero y Activos de Actividades Ilícitas.
 - Panamá: Blanqueo de Capitales.
 - Paraguay: Lavado de Dinero o Bienes.
 - Perú: Lavado de Activos.
 - República Dominicana: Lavado de Bienes relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.
 - Uruguay: Blanqueo de Dinero.
 - Venezuela: Legitimación de Capitales.
- Véase: <http://www.felaban.com/lavado/cap1.php>.

Ciertamente, existe cierta dificultad conceptual relativa a la denominación del blanqueo de bienes, capitales o dinero. Es una realidad que la expresión blanqueo de dinero es criticada por cierto sector doctrinal en base a que el blanqueo, actualmente, no se refiere exclusivamente al dinero, sino a bienes. Es por ello que algunos autores han adoptado el término blanqueo de bienes (75), basándose en lo dispuesto en el Convenio de Viena de 1988, que hace referencia al blanqueo de capitales como la «*conversión o transferencia de bienes* (76)»; o lo prescrito en el artículo 301.1 del Código Penal (77), cuando se refiere a los bienes como objeto del delito de blanqueo de capitales. En este sentido, diremos que la expresión de blanqueo de capitales es la más aceptada por la doctrina (78), jurisprudencia, y la normativa administrativa española (79) e internacional (80).

Ciertamente, la vigente norma de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, la Ley 10/2010, de 28 de abril,

(75) Al respecto, *vid.* DEL CARPIO DELGADO, J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 31; BLANCO CORDERO, I: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 89.

(76) En su artículo 3 se dispone que «*Cada una de las Partes adoptara las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno cuando se cometan intencionalmente:*

(...).

b) *La conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícitos de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (...).*».

(77) El cual dispone que «*El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.*».

(78) *Vid.*, por todos, BLANCO CORDERO, I: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 89; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C: *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 30.

(79) La ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (su Reglamento se aprobó en virtud de Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo), y su predecesora la ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (su Reglamento de desarrollo fue el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio), son las leyes preventivas en materia de blanqueo de capitales que adoptan esta terminología.

(80) El Convenio de Viena de 1988 sobre tráfico de estupefacientes.

en su artículo 1.2 prescribe que «A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades:

a) *La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.*

b) *La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.*

c) *La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.*

d) *La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.*

Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes».

Así mismo, continúa disponiendo que «a los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública».

Este precepto expuesto viene a reproducir prácticamente lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva 2005/60/CE. Téngase en cuenta que la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (81), vino a actualizar el contenido de la Directiva

(81) Acerca de la misma, *vid.* DE ANDRÉS PÉREZ, S.: «Principales novedades de la Cuarta Directiva sobre prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en *Diario La Ley*, núm. 8641, 2015.

de 2005, a tenor de las Recomendaciones GAFI en su versión actualizada de febrero de 2012. Así, y conforme al artículo 1.3, «A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales: a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; d) la participación en alguna de las acciones a que se refieren las letras a), b) y c), la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución». Así mismo, el artículo 3.4 de la norma define el concepto de «actividad delictiva» como «cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de los delitos graves siguientes:

- a) los actos establecidos en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI;
- b) cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
- c) las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo;
- d) el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, según se define en el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves;
- e) la corrupción;
- f) todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o

medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses».

Sin embargo, es cierto que se han utilizado otros términos por parte de la doctrina para expresar y concentrar la definición del blanqueo, destacando la regularización, naturalización (82), normalización o reconversión (83), legalización (84), o legitimación (85), entre otras.

Así, y centrándonos en el concepto, actualmente nos referimos al blanqueo de capitales o de dinero, en palabras del maestro García Valdés, como «afortunada expresión utilizada» (86). Si traemos a colación algunas definiciones que pueden resultar precisas, procedentes de voces doctrinales autorizadas (87), señalaremos que para Blanco Cordero el blanqueo de capitales es «el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita» (88). El autor divide el blanqueo de capitales en blanqueo en sentido estricto y blanqueo en sentido amplio. Este último incluiría tanto el originado en actividades legales como ilegales. Por su parte, el blanqueo en sentido estricto sólo abarcaría los bienes procedentes de actividades delictivas, siendo esta modalidad la que precisaría la intervención del *ius*

(82) Vid. FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 75.

(83) Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 583 y ss.: 613.

(84) Vid. RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español, perspectivas actual y futura», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, p. 4290.

(85) Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», *op. cit.*, p. 74.

(86) Al respecto, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas, la teoría del agente provocador y del delito provocado, y el blanqueo de dinero procedente del delito. Política criminal y reforma penal: Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Edersa, Madrid, 1993, p. 568. No obstante, en una línea de abogar exclusivamente por el término de blanqueo de capitales, y no de bienes, amparándose en las fórmulas de la normativa administrativa española e instrumentos internacionales, vid. CALIX VALLECILLO, C. D.: «Las actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y su posible justificación», en *Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho*, Universidad de Guadalajara, núm. 1, 2005, formato electrónico.

(87) Puedo advertir que, no obstante, hay autores que se han distanciado de la opinión doctrinal mayoritaria, destacando, entre otros, Bajo Fernández, quien entiende por blanqueo de dinero aquella «estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza». Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito...», *op. cit.*, p. 13.

(88) Cfr. BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 101.

puniendi. Siguiendo esta tónica (89), para Vidales Rodríguez será aquel proceso por el que se da apariencia de legalidad al dinero o bienes procedentes de la comisión de un delito (90); y para Gutiérrez Rodríguez, estará constituido por aquellas «operaciones tendentes a dar una apariencia de legalidad a las ganancias ilegales que se obtienen como consecuencia de la comisión de delitos. De esta forma, mediante las operaciones de blanqueo o lavado de capitales se introduce el dinero o los bienes procedentes del delito en la circulación legal y en el sistema económico» (91). Algunos autores también incluyen las ganancias procedentes de actividades lícitas, lo cual no puedo compartir para todos los casos de forma automática, como abordaré en el apartado correspondiente del presente trabajo. Este es el caso del concepto ofrecido por la profesora Mallada Fernández, para quien por blanqueo de capitales habrá de entenderse «aquel proceso mediante el cual se ocultan ganancias a la Hacienda Pública procedentes tanto de actividades lícitas como de actividades ilícitas para, más tarde, reintroducirlas en la economía legal mediante el proceso de blanqueo, tributando por ello a la Hacienda Pública (92), pero, con diferentes

(89) Otros autores también se han pronunciado a nivel conceptual. Así, para Gómez Iniesta, el blanqueo es aquella operación a través de la cual el dinero de origen ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido los circuitos económicos financieros legales, adoptando la apariencia de legitimidad. *Vid. GÓMEZ INIESTA, D.: «El delito de blanqueo...», op. cit., p. 21.* En opinión de Fabián Caparrós, el blanqueo es aquel «proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad». *FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «El delito de blanqueo...», op. cit., p. 76;* y para Aliaga Méndez, es «el proceso o conjunto de operaciones que tratan de proporcionar una explicación creíble y fundada a un hipotético cuestionamiento por parte de las autoridades respecto del origen de un determinado activo». *Cfr. ALIAGA MÉNDEZ, J. A.: «Normativa comentada de Prevención del Blanqueo de Capitales». La Ley, Madrid, 2010, p. 8.*

(90) *Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», op. cit., p. 71.* Para la autora, este delito constituye «el empañamiento de la transparencia del sistema financiero, el descrédito de las instituciones financieras y del resto de organismos que operan en el circuito económico y, en definitiva, la seguridad del tráfico comercial». *Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Últ. op. cit., p. 93.*

(91) *Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «Acelerar primero para frenar después...», op. cit., p. 4.*

(92) Acerca de la regularización de la situación tributaria y sus efectos en el posible delito de blanqueo de capitales, *Vid. BLANCO CORDERO, I.: «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales» en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, núm. 13, 2011, pp. 37 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal», en Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico, núm. 12, 2012, pp. 210-228.*

hechos imponibles de los que se hubiese tributado en caso de haber confesado al Fisco las ganancias (esto sólo en el caso de ganancias procedentes de actividades lícitas, ya que en el caso de actividades ilícitas, esto es impensable)» (93).

Ciertamente, la mayor parte de definiciones procedentes de la doctrina relativas al proceso de blanqueo de capitales tienen en común dos notas fundamentales. Así, y en palabras de Mallada Fernández, «en primer lugar, que el dinero o las ganancias a las que se refieren proceden de ilícitos penales y, en segundo lugar, la reintroducción en la economía legal, con total apariencia de legalidad» (94). En otras palabras, y acotando con más precisión la naturaleza propia de esta infracción penal, diremos que será blanqueo de capitales aquella transformación que sufra tanto el dinero como los capitales procedentes de una actividad delictiva (95). El proceso del blanqueo de capitales consiste, por tanto, en introducir en el mercado legal los beneficios obtenidos de actividades ilícitas o criminales.

IV. BREVE REFERENCIA A LAS DISTINTAS ETAPAS O FASES DEL BLANQUEO DE CAPITALES SEGÚN EL GAFI

El GAFI propuso, en su informe «tipología del blanqueo de capitales», publicado en 1990, un modelo de etapas de blanqueo de capitales que fue atendido posteriormente por múltiples autores y organizaciones internacionales dedicadas a la lucha contra el mismo. En este sentido, las principales etapas del blanqueo de capitales se pueden resumir en tres, con un diferente nivel de ocultación de los bienes producido: la colocación de los bienes (*placement*); el encubrimiento (*layering*); y la integración en el mercado económico con la total apariencia de legalidad (*integration*).

(93) Cfr. MALLADA FERNÁNDEZ, C.: «Un análisis tributario...» *op. cit.*, p. 64.

(94) Cfr. MALLADA FERNÁNDEZ, C.: *Últ. op. cit.*, p. 52.

(95) Con anterioridad a la reforma penal producida por la LO 15/2003, el Código Penal de 1995 tipificaba como blanqueo de capitales aquel delito cuyos bienes procedan de cualquier tipo de delito grave, es decir, aquellos delitos castigados con una pena de prisión de tres o más años, ampliándose el tipo penal del delito de blanqueo a los bienes procedentes de cualquier delito, no resultando ya necesario que el delito precedente fuera un delito grave, sino cualquier delito tipificado en el Código Penal.

Nuestra jurisprudencia también ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de las distintas etapas (96) del proceso de blanqueo. La STS 156/2011, de 21 de marzo, resultó bastante acertada y clarificador al manifestar que «(...) *el delito de blanqueo de capitales se vertebraba en tres fases sucesivas y enlazadas. La primera fase está constituida por la colocación de los capitales en el mercado. La segunda consiste en una técnica de distracción para disimular su origen delictivo. La tercera es la reintegración en virtud de la cual el dinero, ya blanqueado vuelve a su titular. Hilo conductor de las tres fases es la clandestinidad y diseño de una arquitectura aparentemente legal, normalmente a través de la creación de empresas o sociedades instrumentales*».

Por su parte, y de forma más reciente, la STS 858/2013, de 19 de noviembre, expuso que «*es conocido que el delito incluye cuatro fases: ideación, ejecución, consumación y agotamiento, de manera que la realización de actos en cualesquiera de estas cuatro frases no permite una sanción independiente del delito en el que se enmarcan. De esta manera los actos que suponen agotamiento de un delito tienen su encaje penal en el mismo, y su consecuencia jurídica en el comiso, en la pena pecuniaria y en la responsabilidad civil.*

Los actos posteriores al hecho delictivo que tienen por objeto asegurar o realizar el beneficio obtenido de un concreto hecho delictivo antecedente que son actos penados en el tipo penal objeto del inicial reproche y no procede ser objeto de su punición en otra figura delictiva, en la medida en que están ya penados y absorbidos por el delito del que traen causa.

El acto de transformación de las ganancias procedentes de un hecho delictivo que es objeto de sanción penal es un hecho que entra en la tipicidad del delito que lo genera. Esos hechos son también típicos del blanqueo pero su consideración de ser los mismos hace que queden absorbidos por el primer delito y constituye un hecho posterior copenado. En este sentido Sentencias 202/2007, de 20 de marzo, y 20/2001, de 28 de marzo de 2001».

(96) Acerca de las fases del blanqueo, *vid.*, entre otros, MOLINA MANSILLA, M. C.: «El delito de blanqueo de capitales: concepto y fases», en *La Ley Penal*, núm. 41, 2007, pp. 87-98; MALLADA FERNÁNDEZ, C.: «Un análisis tributario...», *op. cit.*, pp. 54 y ss.

V. LAS CONDUCTAS TÍPICAS DEL DELITO DEL BLANQUEO DE CAPITALES, ¿CONCURSO DE DELITOS?

El concepto de blanqueo de capitales ha quedado desnaturalizado al introducirse en el texto punitivo español las modalidades de posesión y utilización de bienes procedentes de una actividad delictiva, pudiendo llevar pareja una aplicación «desmesurada (97), cuando no aberrante» (98) del delito, siendo, en todo caso, una contemplación superflua al producir unos claros efectos perturbadores (99). La naturaleza del delito de blanqueo ha quedado «definitivamente desfigurada» (100), desvirtuándose «la propia esencia delictiva del blanqueo» (101). Inicialmente, el tipo penal se configuró para combatir el tráfico de drogas. Posteriormente, para reducir la criminalidad procedente del terrorismo y crimen organizado, para que en la actualidad el legislador pretenda que sirva como cajón de sastre (102). Ciertamente, la redacción del texto punitivo en relación al delito de blanqueo resulta inoportuna a la par que innecesaria (103) y perturbadora (104), toda vez que emplea una terminología «vaga e imprecisa» (105). El legislador confunde los fines preventivos, políticos y policiales con la función del Derecho penal, y es por ello que deberían de introducirse algunas excepciones (106) en el tipo relativas a las conductas relacionadas con la mera posesión y utilización de bienes.

(97) Preocupación que comparte DEL CARPIO DELGADO, J.: «La posesión y utilización...», *op. cit.*, pp. 9 y ss.

(98) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, p. 5.

(99) *Vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

(100) Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B.: «Delito fiscal...», *op. cit.*, p. 4.

(101) Cfr. MORILLAS CUEVA, L.: «Aspectos dogmáticos...», *op. cit.*, pp. 103 y ss.

(102) Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: «Consideraciones en torno...», *op. cit.*, p. 174.

(103) En palabras de Bajo Fernández, «es innecesaria porque se solapa con los delitos relativos al comportamiento postdelictivo (encubrimiento y receptación) y es perturbadora porque, si se independiza totalmente del delito base (como ocurre con la regulación penal de los arts. 301 a 304 del Código Penal), no se puede razonablemente concretar un objeto jurídico de protección. Por otro lado pertenece a un Derecho penal expansivo impropio de un Estado liberal, porque impone deberes positivos, en este caso, de información que pueden incluso dificultar la vida económica». Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «El desatinado delito...», *op. cit.*, p. 12.

(104) *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «¿Qué se protege en el delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 12.

(105) Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «Acelerar primero para frenar después...», *op. cit.* p. 4.

(106) En este sentido, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Voz «Blanqueo de bienes», en Luzón Peña, D. M. (Dir.): *Enciclopedia penal básica*. Comares, Granada, 2002, p. 200.

Y es que tras la reforma penal practicada en 2010, el artículo 301 sufrió una alteración significativa, y no sólo por las modalidades introducidas a las que nos hemos referido, sino también por la configuración del autoblanqueo, comenzando a reprocharse penalmente la actividad delictiva previa cometida por el propio sujeto activo del delito de blanqueo. Por tanto, estamos ante la presencia de un concurso de delitos o ante un concurso de normas (107), al ser un acto copenado. Concretamente, «son concursos delictivos en que la exclusión de una norma se produce por la relación que guarda con el delito antecedente» (108), tal y como señala López Barja de Quiroga.

Cabe recordar que en el Acuerdo de Pleno de 18 de julio de 2006 se exponía que «*el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente*», lo cual invitaba a pensar, pese a un extenso debate doctrinal (109), que efectivamente el blanqueo de capitales concurre como concurso real de delitos, excluyéndose de esta manera el concurso de normas. En este sentido, y aprovechando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (110), «*si una*

(107) Acerca del posible concurso de normas o de leyes, *vid.* PALMA HERRERA, J. M.: *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa, Madrid, 2000, p. 383; y en relación al concurso de leyes, *vid.* BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 528, que debe resolverse por el principio de la consunción, *vid.* MATA LLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, p. 25.

(108) Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «Los actos copenados y el delito de blanqueo de capitales», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 35, 2014.

(109) Este contenido no fue baladí en la doctrina. *Vid.*, al respecto, BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 539; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N.: *III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 283; ABEL SOUTO, M.: «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N.: *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 151; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I.: *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 37.

(110) En este sentido, y para acotar la excesiva ampliación que el tipo penal del artículo 301, la STS 279/2013, de 6 de marzo, ha manifestado que el Acuerdo del Pleno «*mostraba un grado importante de ambigüedad, lo que propició que se prosiguiera dictando alguna resolución en la línea de no castigar los supuestos de autoblanqueo*», aunque «*a partir del año 2005 comenzó a predominar de forma clara el criterio de la punición. Los argumentos no siempre fueron claros ni explícitos. Se habla de la tutela de un bien jurídico autónomo al tratarse de un delito contra el orden socioeconómico, aunque sin mucha concreción, y también se acude a la normativa comunitaria para estrechar la punición de cualquier aprovechamiento del hecho delictivo por parte de los traficantes de drogas. (...)*». Por su parte, las SSTs 279/2013, de 6 de marzo; 809/2014, de 26 de noviembre; 245/2014, de 24 de marzo,

de las normas a aplicar no abarca la total antijuricidad del hecho nos hallaremos en presencia de un concurso real, al ser necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir esa total significación antijurídica de lo acaecido. En caso contrario habrá concurso de normas (111)» (112). Así mismo, continúa la sentencia con que «si tal identidad existe, la total ilicitud del comportamiento correspondiente queda cubierta con la sola aplicación del delito relativo al tráfico de drogas («non bis in idem»). Y si no hay esa identidad, no basta con sancionar con la aplicación del art. 368 y siguientes del Código Penal, sino que en la conducta del autor del hecho hay un plus que hace preciso acudir a la otra norma penal, la del blanqueo, para cubrir esa total ilicitud» (113).

En relación al debate existente acerca del concurso real *versus* agotamiento del delito previo cometido, la STS 884/2012, de 8 de noviembre, quiso determinar qué supuestos serían objeto de aplica-

han marcado un criterio jurisprudencial admitiendo la aplicación del concurso real entre el delito de blanqueo de capitales y el delito precedente, pese a la existencia de múltiples resoluciones contradictorias por el alto tribunal en pronunciamientos anteriores.

En esta misma línea, la STS 858/2013, de 19 de noviembre, manifestó que «en los casos en los que existe identidad entre las garantías y beneficios resultantes de un delito de tráfico de drogas y la realización de actos de conversión y transmisión sobre esos mismos bienes, no cabe la doble punición del mismo hecho, como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, pues el mismo patrimonio es objeto de una doble punición penal. Esa doble punición lesionaría el non bis in idem y, además, ya aparece contemplado y recogido en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso y entrega la pena pecuniaria, por lo tanto, ya está penado». En un sentido similar, *vid.* STS 265/2015, de 29 de abril.

(111) En este sentido, afirma Palma Herrera que «desde un punto de vista jurídico-penal de ofensa para un bien jurídico no puede sino mantenerse la existencia de una unidad de acto, de un único supuesto fáctico», no excluyéndose «la posibilidad de apreciar el concurso de leyes». Cfr. PALMA HERRERA, J. M.: «Los delitos de blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 384 y 385. De hecho, afirma que «el contenido de injusto del delito previo abarca el contenido de injusto de los actos de blanqueo cuando son llevados a cabo por el autor de ese delito previo». Cfr. PALMA HERRERA, J. M.: *Últ. op. cit.*, p. 386, dando lugar con ello a un concurso de normas y, por tanto, no de delitos. El autor considera que «castigar a quien cometió el delito previo por ese delito y por el de blanqueo, sería castigarle por la obtención ilícita de una riqueza y por el natural aprovechamiento de la misma». Cfr. PALMA HERRERA, J. M.: *Últ. op. cit.*, p. 389.

(112) Cfr. STS 959/2007, de 23 de diciembre.

(113) En la misma línea, *vid.* SSTS 57/2008, de 25 de enero; 737/2009, de 6 de julio; 309/2010, de 31 de marzo. Este criterio ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Supremo para dictar resoluciones sancionando, en relación al autoblanqueo, el delito precedente y el delito de blanqueo como concurso real de delitos, por ser autónomos e independientes entre sí. *Vid.* SSTS 1293/2001, de 28 de julio; 637/2010, de 28 de junio; 884/2012, de 8 de noviembre.

ción del concurso real, y cuáles forman parte de la fase de agotamiento del delito antecedente. En este sentido, partió de la base general de que todo delito contra la propiedad supone una vocación de aprovechamiento económico, pero en otros casos, *«la escasa relevancia económica de las ganancias obtenidas en la actividad criminal será suficiente para descartar la existencia de un segundo delito. (...) Resulta preciso atender, además, a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, a la intención del autor, a su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito»*.

En la STS 440/2012, de 25 de mayo, por su parte, se relacionaba un delito de estafa con un delito de alzamiento de bienes, y en ella se rechazaba el concurso de delitos *«cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa; o, en su caso, los que los han sustituido. En estos casos sí que puede hablarse propiamente de agotamiento del delito. Al castigarse la estafa se contempla también la acción posterior por la que se dispone de lo defraudado en beneficio propio»*; y *«si en el momento en que se produce la ocultación de bienes para eludir el pago de esa obligación ha recaído ya sentencia condenatoria por el delito de estafa; o incluso cuando existe una distancia temporal relevante entre el desplazamiento patrimonial que genera el engaño característico de la estafa y el vaciamiento patrimonial propio de la más emblemática de las insolvencias punibles, no podrá negarse el concurso real. Si hay solución de continuidad y la insolvencia se provoca cuando ha sido descubierta la estafa y al temerse por la pérdida de otros activos patrimoniales se dispone de ellos fraudulentamente, se puede diferenciar perfectamente entre las dos conductas. Hay un plus de antijuricidad y agravamiento de la situación de la víctima que por eso es doblemente víctima: primero al verse privada de unos bienes; posteriormente al comprobar cómo, descubierta la defraudación, el delincuente elude su obligación de indemnizar con otra nueva maniobra también tipificada de forma autónoma»*. En este sentido, la dificultad de fijar la línea divisoria entre el agotamiento delictivo y la realización de una nueva figura típica, con el consiguiente nacimiento de la correspondiente modalidad concursal, queda claramente plasmada en la STS 884/2012, de 8 de noviembre. En ella, se establece que *«no*

faltarán casos en los que la escasa relevancia económica de las ganancias obtenidas en la actividad criminal será suficiente para descartar la existencia de un segundo delito. Sin embargo, la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, pese a su significado, no puede considerarse definitiva. Resulta preciso atender, además, a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, a la intención del autor, a su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito».

En cualquier caso, y según la doctrina del TS *–si bien refiriéndose a la comisión de un delito fiscal previo–*, para que pueda aplicarse el concurso de normas es necesario que los ingresos generados por el delito fiscal procedan de algún modo del delito anterior; que el delito inicial sea previamente objeto de condena; y que la condena del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas o la condena a su devolución como responsabilidad civil (114).

Por tanto, las conductas del artículo 301.1 CP han de llevarse a cabo por el autor material y, consisten, fundamentalmente, tal y como expone Muñoz Cuesta, «en transformar unos bienes, por cualquier procedimiento, apareciendo los mismos con otra forma jurídica o con otra procedencia o siendo extremadamente dificultoso hallar su origen, lo cual se puede hacer mediante la transferencia de dinero u otros instrumentos de valor desde paraísos fiscales (115) a España, utilización de sociedades patrimoniales sirviéndose de testaferros o personas imaginarias, depósitos bancarios suplantando la personalidad de terceros sin su conocimiento o simplemente invirtiéndolo en bienes muebles o inmuebles en cuya operación se hace constar un valor y pago inferior al efectivamente abonado» (116). De modo que tanto la adquisición, la posesión y la utilización de los beneficios o ganancias propias del delito, «son conductas implícitas (...) que constituyen su

(114) Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: «Acelerar primero para frenar después...», *op. cit.*, p. 13.

(115) Vid. MARTÍNEZ SELVA, J. M.: *Los paraísos fiscales. Uso de las jurisdicciones de baja tributación*. DIJUSA, Madrid, 2005; PRAT WESTERLINDH, C.: «Los paraísos fiscales y el blanqueo de dinero», en *La Ley Penal*, núm. 103, 2013.

(116) Cfr. MUÑOZ CUESTA, F. J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 2.

propio agotamiento, en tanto que suponen un aprovechamiento económico» (117), ya que tales conductas irán siempre dirigidas al aprovechamiento y disfrute de los beneficios generados. Por tanto, estamos de acuerdo en que la mera posesión y la utilización de los bienes, sin una finalidad adicional (enmascaramiento (118)), no puede atentar *ipso iure* al bien jurídico protegido del blanqueo de capitales, el interés u orden socioeconómico.

Ciertamente, todas las conductas del artículo 301.1 CP requieren de un dolo específico basado en el conocimiento (119) que tiene quien realiza los actos de blanqueo, de modo que se exteriorizan datos o indicios bastantes de que se tiene conocimiento de la procedencia de los bienes de una actividad delictiva, y se persigue la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los mismos (120). En esta línea, señala Muñoz Cuesta que «el dolo exigible puede ser directo, un conocimiento más o menos exacto de los hechos delictivos anteriores, o eventual obtenido a través de la teoría de la ignorancia deliberada o del principio de indiferencia» (121), basado en considerar acreditado el conocimiento y consentimiento en el blanqueo de capitales en virtud de la experiencia de que quien cierra los ojos no quiere conocer la actividad que realiza, aceptando el resultado.

Podemos afirmar que, efectivamente, la cuestión de punibilidad es un problema concerniente al dolo y, concretamente, al dolo eventual (122). De lo contrario quedarían impunes ciertos comportamientos típicos y antijurídicos bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas (123).

Como no podía ser de otra manera, el delito de blanqueo es un delito común, por lo que el sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, ya que no se restringe el círculo de sujetos a un determinado grupo de personas, pese a que para cierto sector doctrinal que tuvo la

(117) Cfr. CASTELLANOS MORENO, C.: «Bien jurídico protegido...», *op. cit.* p. 297.

(118) En este sentido, se ha señalado que «el denominado blanqueo equivale a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes». Cfr. STS de 22 julio de 2003.

(119) En esta línea, la STS de 24 de febrero de 2005 apuntó que «la intención y el dolo en el tipo penal del art. 301.1 CP 1995 debe apreciarse en la conducta del que adquiere bienes a sabiendas».

(120) *Vid.*, al respecto, MUÑOZ CUESTA, F. J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 4.

(121) Cfr. MUÑOZ CUESTA, F. J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 4.

(122) *Vid.* BLANCO CORDERO, I.: «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 50, 1997, p. 274.

(123) *Vid.*, al respecto, BLANCO CORDERO, I.: «Negocios socialmente adecuados...», *op. cit.*, pp. 275 y ss.

ocasión de pronunciarse con anterioridad a la reforma de 2010, debían ser excluidos como posibles sujetos activos del delito aquellos que hubieran participado por cualquier título en la comisión del ilícito del cual provinieran los bienes que se blanqueaban (124), a diferencia de lo que ocurre (125), en cambio, en los delitos de encubrimiento y receptación.

Efectivamente, para determinar la existencia de un nexo causal entre dos hechos jurídicos, García Bañuelos considera que no debe de acudir a la teoría de la causalidad hipotética (126), ya que será preciso individualizar qué bienes son relevantes e idóneos para producir el resultado y cuáles no, y ello porque la ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por la sola circunstancia de que no se tribute por ella, ni siquiera porque se oculte con el fin de evitar el pago del tributo (127) llegado el caso. En ese sentido, será necesario analizar caso por caso (128) si existe o no un delito contra la Hacienda Pública,

(124) *Vid.*, entre otros, COBO DEL ROSAL, M./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: «Blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 95-99; MORENO CÁNOVES, A./ RUIZ MARCO, F.: Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia). Edijus, Zaragoza, 1996, p. 386; RUIZ VADILLO, E.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 115; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en Bajo Fernández, M. (Dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)* Volumen II, Ceura, Madrid, 1998, p. 566; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», *op. cit.*, pp. 110-113; BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 461 y ss.

(125) *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, p. 45.

(126) La misma consiste, en síntesis, en que de no cometerse un delito fiscal no se generarían bienes que sí se generan cuando se defrauda.

(127) *Vid.* GARCÍA BAÑUELOS, J. A.: «El delito fiscal como actividad...», *op. cit.*, p. 5.

(128) En este sentido, GARCÍA BAÑUELOS, J. A.: «El delito fiscal como actividad...», *op. cit.*, pp. 6 y ss., ofrece unos ejemplos interesantes, que traigo a colación. Así, véase el de un empresario que consigna gastos ficticios en su declaración y acumula el dinero correspondiente a los pagos asociados a dichos gastos en una cuenta corriente en un paraíso fiscal. Conforme a las teorías de la causalidad, sería posible apreciar que el saldo existente en la cuenta corriente del banco en el paraíso fiscal tiene como causa la comisión del delito fiscal, y ello no sería sólo debido a una aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino a que el delito fiscal es la causa más relevante de que dicha cuenta arroje un saldo favorable al obligado tributario. Un caso más dudoso sería aquél en el que una persona que no dispone de ningún otro bien vende un paquete de acciones, obteniendo una plusvalía que no declara, e ingresando el importe de la venta en una cuenta corriente bancaria, sin realizar ninguna otra acción. En este caso, es más discutible que los bienes (el saldo de la cuenta bancaria) tengan su origen en el delito fiscal, dado que podría argumentarse que la causa relevante de la existencia de los mismos no es la comisión del hecho delictivo, sino la venta legítima de las acciones. Hay quien podría argumentar, empleando un curso causal alternativo hipotético, que para no cometer el delito fiscal no se hubiera necesitado hacer uso del saldo de la cuenta (al menos en un primer momento), dado

evitando ofrecer alguna teoría general que marque un criterio en un sentido u otro y, en todo caso, distinguir entre los distintos impuestos (129) para analizar la idoneidad del delito fiscal a la hora de originar bienes susceptibles de ser blanqueados.

El hecho de que el delito antecedente sea un delito fiscal, un delito de tráfico de drogas o de otra índole, no debería afectar (130) lo suficiente como para generar una teoría automática de imputación de responsabilidad criminal en aquellos casos de concurrencia con un delito de blanqueo de capitales (131). Ahora bien, ¿qué ocurre con la actividad delictiva previa al delito de blanqueo de capitales? Este interrogante no resulta baladí ateniéndonos a la propia dicción del precepto penal, por cuanto que el tipo objetivo del artículo 301.1 CP dispone que el que «*adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*». En puridad, la expresión que en este momento nos interesa por la controversia que genera es la referida a «*cometida por él*», y ello porque pudiera interpretarse, si nos ceñimos a la propia literalidad del texto, que el sujeto activo del delito previo comete delito de blanqueo de capitales, por lo que sería castigado dos veces, lo cual evidencia, de un modo u otro, la falta de acierto en la redacción por parte de legislador español.

Debemos traer a colación la teoría de los actos neutrales, en virtud de la cual se consideran ciertas conductas como parte del rol social del individuo. Así, la STS 34/2007, de 1 de febrero, expuso que «*es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por quien realiza una acción que, en principio es socialmente adecuada*». Con esta teoría, quedarían al margen del Derecho penal las conductas cotidianas que no suponen un peligro ni ponen en riesgo el tipo penal del blanqueo de capitales.

En la misma línea, la STS 34/2007, de 6 de marzo, establece que «*la doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidia-*

que se podría haber pagado la deuda tributaria con financiación ajena o incluso solicitado un aplazamiento a la Administración, lo cual debilitaría el nexo causal entre la comisión del delito fiscal y la existencia del saldo.

(129) Al respecto, *vid.* GARCÍA BAÑUELOS, J. A.: *Últ. op. y loc. cit.*

(130) *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «Los actos copenados...», *op. cit.*

(131) En relación al art. 301.1 CP, existe cierta conexión entre la actividad de los sujetos activos del delito y el delito del que procede en los mismos. *Vid.* ESPINOSA LABELLA, M.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 57.

nos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. Si se aplicara en tales casos la teoría subjetiva de la autoría de la participación, el acto de tomar parte en el negocio jurídico simulado como testaferra sólo debería ser considerado como un acto de participación, dado que parece evidente que el testaferra no ha querido el acto como propio. (...) En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada» (132).

Ciertamente, y en el sentido de que no es necesario analizar el tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales, expone el Tribunal Supremo que *«en nuestra jurisprudencia se ha receptado en diversos precedentes la teoría de la imputación objetiva, que requiere para la tipicidad de la acción que ésta constituya un peligro jurídicamente desaprobado. Es decir, la relación causal de la conducta con el resultado no es suficiente para la realización del tipo, es preciso que el autor haya actuado por encima del límite del riesgo permitido».* En esta línea, la STS de 8 de abril de 2008, también en relación con el blanqueo de capitales, declaró que *«los hechos, por sí mismos, carecen de significación delictiva. La constitución de una sociedad, o la aparición, como titulares o apoderados, en algunas cuentas corrien-*

(132) Continúa la resolución del más alto tribunal español exponiendo que *«(...) En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc. (...) Al respecto se debe señalar que el recurrente no pudo tener un conocimiento del peligro concreto de realización del tipo (es decir, dolo) derivado de su información sobre los antecedentes penales de sus parientes para los cuales actuó como testaferra, (...). No obstante, la acción del testaferra implica siempre tomar parte en un acto, que aunque no es en sí mismo delictivo, conlleva un ocultamiento, que, en ocasiones, puede aumentar el riesgo de comisión de un delito, como ocurre en los casos en los que se lo lleva a cabo sin una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir fundada en causas manifiestamente lícitas. En tales casos el acto neutral deja de serlo, pues tiene una relación de sentido delictivo (...). En la medida en la que el delito de blanqueo de dinero admite la forma de comisión imprudente, no cabe plantear en el caso el problema de si la cooperación debe ser dolosa».*

tes junto o en relación con otros miembros de la familia, son en principio actos neutrales que no implican necesariamente participación en la actividad criminal. (...). La incautación de una máquina de envasar al vacío, aun cuando pudiera ser un indicio para justificar la investigación, por sí mismo es insuficiente para acreditar la participación en la actividad delictiva».

A modo ilustrativo, una situación que puede darse con cierta frecuencia en la sociedad actual sería la que expone Blanco Cordero, basada en que *«una persona se dirige a su banco habitual para hacer una transacción financiera. El empleado de la ventanilla tiene conocimientos con base en determinadas informaciones a las que ha tenido acceso, de que el cliente se dedica al tráfico de drogas. El cliente desea hacer un ingreso por un valor de 500.000 pesetas –(3.000 euros)–, que proceden del tráfico de drogas. En tal caso, el empleado de banca ha de rechazar llevar a cabo la transacción o proceder a su comunicación a las autoridades bajo la amenaza de realizar un delito de blanqueo de capitales. Ahora bien, si el cliente va con su dinero a otra institución financiera donde el empleado desconoce su dedicación al tráfico de drogas, puede realizar tranquilamente su operación sin ningún problema. En tal caso no se puede percibir externamente nada extraño o sospechoso»* (133).

VI. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 301.1 DEL CÓDIGO PENAL

Dirigiéndome a la esencia del precepto que tipifica el delito de blanqueo de capitales, el cual es el objeto nuclear del presente análisis, cabe afirmar que la redacción del artículo 301.1 CP puede tener dos clases de interpretación (134). La primera de ellas, que com-

(133) Cfr. BLANCO CORDERO, I.: «Negocios socialmente adecuados...», *op. cit.*, p. 271.

(134) Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», *op. cit.*, pp. 95 y ss.; FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, pp. 91 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: «La posesión y utilización...», *op. cit.*, p. 11. Vid., también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Blanqueo de bienes...», *op. cit.*, pp. 206 y ss.

Acerca de las posibles interpretaciones sobre la aplicación del art. 301.1, Vidales Rodríguez apunta que «la confusa redacción de este precepto propicia, al menos dos interpretaciones distintas. Según la primera de ellas, el referido precepto alberga dos comportamientos distintos: la adquisición, conversión o transmisión –ahora también, la posesión o utilización– de bienes procedentes de una actividad delictiva con conocimiento, claro está, de ese origen; el segundo, la realización de cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, p. 12.

parto (135), consiste en considerar como delito de blanqueo la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes ilícitamente obtenidos, con la finalidad de enmascarar el origen ilícito de los mismos, o eludir las consecuencias de los actos cometidos (136). Con esta interpretación se considera el delito de blanqueo como un delito de resultado cortado (137) en el que el autor pretende conseguir un resultado que afecta al agotamiento y no a la consumación del mismo, que tendrá lugar cuando se consiga la finalidad de enmascaramiento de los bienes o se ayude a eludir las consecuencias legales de los actos realizados. Por su parte, el segundo criterio interpretativo estriba en considerar que tanto la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de un delito se castigaría siempre, con independencia de la finalidad que persiga el autor, siendo suficiente con que tenga conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes (138). Esta segunda línea interpretativa considera el delito de blanqueo como un delito

(135) Se muestran partidarios de esta opción, entre otros, ABEL SOUTO, M.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 94 y ss.; del mismo: «Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N. (Coords.): *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 187; GÓMEZ INIESTA, D.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 51 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», *op. cit.*, pp. 95 y ss.

(136) Partidarios de este criterio interpretativo, *vid.*, por todos, BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 172 y ss., 305 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 167, 286 y ss.; CASTRO MORENO, A.: «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008», en *Diario La Ley*, núm. 7277, 2009, p. 1388; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 16-17; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 402-404; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Reflexiones técnicas...», *op. cit.*, pp. 11 y 12; PALMA HERRERA, J. M.: «Los delitos de blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 418 y 419; PALOMO DEL ARCO, A.: «Receptación y figuras afines», en Vives Antón, T. S./Manzanares Samaniego, J. L. (Eds.): *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 449 y ss.; FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, p. 63.

(137) *Vid.* FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, p. 63.

(138) Al respecto, *vid.* LORENZO SALGADO, J. M.: «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N.: *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 225; MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El "autoblanqueo"...», *op. cit.*, p. 19; ABEL SOUTO, M.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 93-102; 290-291; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 223 y 223; BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo... *op. cit.*, pp. 448 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 489 y 490; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», *op. cit.*, p. 1464.

contra el orden socioeconómico (139), además de proteger la Administración de Justicia.

Considera con buen tino Faraldo Cabana que las modalidades (140) del artículo 301.1 CP no pueden castigarse de forma automática, puesto que, en todo caso, debe atenderse a la finalidad que persiga el autor que conozca la procedencia ilícita de los bienes (141). Más aún, antes de la reforma de 2010, algunos autores consideraban que se podía sancionar al autor y partícipes en el delito previo al blanqueo de capitales (142), al concebirse este delito como una infracción penal de carácter pluriofensiva, entre otras razones (143). En este sentido, y en palabras

(139) Para Vidales Rodríguez se justificaría esta protección como consecuencia del resultado lesivo que puede producirse por la circulación de ingentes cantidades de capital fruto de actividades delictivas. Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Los delitos de receptación...», *op. cit.*, p. 97.

(140) Acerca de las conductas típicas del 301 CP, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Derecho Penal Económico...», *op. cit.*, pp. 257-261. Así mismo, y recientemente, CASTELLANOS MORENO, C.: «Bien jurídico protegido...», *op. cit.*, pp. 225 y ss.

(141) Vid. FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, p. 66. En este sentido, QUINTERO OLIVARES propone que únicamente se aplique el artículo 301 cuando sea imposible sancionar el delito previo. Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, p. 20.

(142) Vid. FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, pp. 47 y ss., quien realiza un aporte bibliográfico muy interesante, pudiendo destacar, entre otros, ARIAS HOLGUÍN, D. P.: *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*. Iustel, Madrid, 2011, pp. 242-243; CALLEGARI, A. L.: *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 129 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 241-243; CÓRDOBA RODA, J.: «Abogacía, secreto profesional...», *op. cit.*, pp. 70-72; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 318; 368 y 369; FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «“Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada», en Ferré Olivé, J. C./ Anarte Borralló, E. (Coords.): *Delincuencia organizada*. Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 92; GALÁN CASTELLANOS, H.: «Narcotráfico y blanqueo...», *op. cit.*, pp. 213-226; GIL DE LA FUENTE, J.: «La criminalidad organizada...», *op. cit.*, pp. 27-36; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Reflexiones técnicas...», *op. cit.*, p. 10; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», en García Arán, M. (Dir.): *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 236-237; MOLINA MANSILLA, M. C.: «El delito básico de blanqueo...», *op. cit.*, p. 59; PALOMO DEL ARCO, A.: «Receptación...», *op. cit.*, pp. 448 y 449. Vid., así mismo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 176-178; BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 501 y 502.

(143) Estas razones las describe minuciosamente Faraldo Cabana, concentrando su criterio en que «no era lógico afirmar que el delito previo absorbía el desvalor del blanqueo cuando éste, a diferencia del encubrimiento y de la receptación, puede castigarse con pena superior a la que corresponde al delito previo»; así como que «(...) se dejaba abierta la posibilidad de sancionar a los intervinientes en el delito

de Palma Herrera, «la diferencia punitiva entre un hecho principal y otro posterior más gravemente penado no debe conducir a descartar automáticamente la posibilidad de hablar de un hecho posterior copenado. Ya que la pena no es establecida por el legislador única y exclusivamente en función del contenido de injusto de un comportamiento, sino que junto a éste, que sin duda despliega un papel de primer orden, se tienen en cuenta otra serie de datos, como el grado de culpabilidad del comportamiento (...), razones de prevención general y especial; la orientación ideológica que domine en ese momento Legislativo (...). Por esta razón, entendemos que es un error tratar de concebir el problema de los actos copenados como una fórmula matemática en la que la pena del hecho principal tenga que ser igual a la suma del desvalor de ese hecho principal, más la suma del desvalor del hecho posterior y, en consecuencia, mayor que la del hecho cuya copunición se discute» (144).

Cabe recordar una vez más que, tras la reforma operada en 2010, el tipo del artículo 301 ya no exige la comisión de un delito previo al blanqueo, sino que es suficiente que los bienes procedan de una actividad delictiva, en consonancia con la línea jurisprudencial que eximía de la previa existencia de una sentencia condenatoria del delito

previo por el blanqueo de los bienes que de él procedían». Por otro lado, como razonamiento adicional de la autora, lo dispuesto en el Convenio de Estrasburgo, artículo 6.2 b), así como el art 9.2 b) del Convenio de Varsovia (entre una amplia descripción de Convenciones que la autora identifica), permiten a los Estados miembros regular expresamente que los delitos de blanqueo no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal, lo cual da a entender que si no se prevé dicha salvedad expresa, los intervinientes en el delito previo quedan excluidos en el ámbito de sujetos activos del blanqueo, que sería la regla general. Finalmente, atisba la autora que el principio generalizado de impunidad del autoencubrimiento conlleva la excepción de que se cometa un nuevo delito, que es lo que sucede cuando se comete, en el blanqueo de capitales, una nueva infracción de incriminación expresa. Cfr. FARALDO CABANA, P.: «Antes y después...», *op. cit.*, pp. 49-51. De autoencubrimiento impune se refiere también Espinosa Labella. *Vid.* ESPINOSA LABELLA, M.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 58. Apunta el autor que lo que se castiga es la actividad «tendente a una transformación de los bienes, que proceden originariamente de un hecho delictivo encubriendo la conducta y lesionando así el bien jurídico protegido, que es la correcta formación de patrimonios». Cfr. ESPINOSA LABELLA, M.: *Últ. op. y loc. cit.* Cabe señalar que existen sentencias –como la SSTS de 10 de enero de 2000, 19 de febrero de 2002 o 17 de junio de 2005– en las que el Tribunal Supremo mantiene la imposibilidad del castigo por blanqueo al autor del delito del que los bienes deriva al considerarlo un supuesto de autoencubrimiento impune. En otras, en cambio, establece que para impedir la doble imposición ha de apreciarse una identidad absoluta entre la comisión del delito y los bienes que, procediendo de éste y no de otras actividades delictivas anteriores, son objeto de blanqueo –STS de 28 de julio de 2001–.

(144) Cfr. PALMA HERRERA, J. M.: *Los actos copenados*. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 163 y ss. En la misma dirección, *vid.* BACIGALUPO, E.: *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*. Civitas, Madrid, 2012, p. 46.

precedente (145), y que tal y como proponía el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, «*se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (STS 115/2007, de 22 de enero)*». En este sentido, y en palabras de Blanco Cordero, «carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas» (146), siendo suficiente, en su opinión, que se acredite simplemente la existencia previa de una actividad delictiva genérica.

Ciertamente, el delito en sí, tal y como queda configurado –*ya no se vincula necesariamente con el narcotráfico ni terrorismo, delitos que motivaron su creación, como tampoco con los delitos considerados graves*–, es inoportuno a la par que innecesario y perturbador, toda vez que emplea una terminología vaga e imprecisa. El legislador confunde los fines preventivos, políticos y policiales con la función del Derecho penal, y es por ello que deberían de introducirse algunas excepciones (147) en el tipo, relativas a las conductas relativas a la mera posesión y utilización de bienes. Una prueba de primera magnitud, en ese sentido, no es otra que la relativa a las conductas típicas descritas en el precepto. Así, «*El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*». Al respecto, certera se pronuncia Vidales Rodríguez al afirmar que, en puridad, la conducta típica «consiste en ocultar o encubrir, constituyendo la adquisición, conversión o transmisión meros ejemplos de cómo llevar a cabo la conducta favorecedora; de tal modo que la realización de dichas conductas sin que se persiga la finalidad explicitada carecería de relevancia penal» (148).

(145) Al respecto, *vid.* SSTS 928/2006, de 5 de octubre, y 145/2008, de 8 de abril.

(146) Cfr. BLANCO CORDERO, I.: «El delito fiscal como actividad...», *op. cit.*, p. 32.

(147) En este sentido, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Blanqueo de bienes...», *op. cit.*, p. 200.

(148) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, p. 12. Así lo han entendido también, entre otros, BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 173 y ss.; CARPIO DELGADO, J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 167; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*,

Podría considerarse que lo dispuesto en el artículo 301.1 CP es una suerte de cláusula abierta, cajón de sastre o un «comodín» (149), relativa a «realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, lo cual podría atentar contra el principio constitucional de seguridad jurídica contemplado en nuestra Constitución Española (art. 9.3).

No iba mal encaminado el Tribunal Supremo hace ya más de una década, tras su relevante pronunciamiento en la STS de 22 de julio de 2003, cuando argumentaba que el «*blanqueo de bienes o capitales, responde al criterio omnicomprendivo asumido internacionalmente de abarcar todas las posibles conductas ilícitas con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito grave –art. 13 CP 1995–, lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente, pudiendo incluso conllevar una penalidad superior a éste teniendo en cuenta que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos*». En este sentido, el Tribunal Supremo se ha manifestado en el sentido de que estos actos a los que se alude, deben ir dirigidos a «*una operación directa, personal o interpuesta, con los bienes con los que se actúa*» (150). Aún con todo, el alto tribunal puntualizó, en virtud de STS de 9 de octubre de 2004, que «*con la punición de estas conductas (tipo del art. 301.1 CP) no se busca castigar directamente el delito base –aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado ilícito– que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario –auténtica finalidad perseguida con su ejecución–, conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado, de ahí que el blanqueo se ubique sistemáti-*

pp. 15 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 360 y ss; ZARAGOZA AGUADO, J. A.: «Comentarios...», *op. cit.*, p. 1157.

A favor de la doble incriminación, argumentando la lesión de distintos bienes jurídicos afectados, *vid.*, entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 174 y ss.; BLANCO CORDERO, L.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 502; CARPIO DELGADO, J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 231 y ss.; FARALDO CABANA, P.: «Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes», en Puente Aba, L. M. (Dir.): *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Comares, Granada, 2008, pp. 161-194.

(149) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, p. 20.

(150) Cfr. STS 56/2014, de 6 de febrero.

camente entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

De forma crítica a la par que con cierto cariz innovador, se manifiesta Bajo Fernández cuando reza que «se cumplirían las exigencias de los principios de un Derecho penal moderno y, también, las pretensiones de los organismos internacionales en la lucha contra la criminalidad organizada, si la nueva figura delictiva se concibiera como forma de participación postdelictiva elevada a delito independiente, de modo que se den las siguientes características. En primer lugar, el autor del llamado delito de blanqueo de capitales no puede haber participado en el delito anterior ni como autor ni como partícipe. En segundo lugar, no puede imponerse una pena superior a la del delito precedente. En tercer lugar, el nuevo delito participa en la protección del bien jurídico del delito previo. En cuarto lugar, debe de referirse sólo a los efectos derivados de los delitos que se quiere combatir, es decir, los relativos a la criminalidad organizada. En quinto lugar, debe evitarse el castigo de la modalidad imprudente. En sexto lugar, debe abandonarse a las sanciones administrativas y a las medidas políticas y policiales los supuestos que procedan» (151). Empero, recuerda el autor que la regulación penal no cumple con ninguna de estas características expuestas.

El objeto material del delito son los bienes en un sentido amplio, comprendiendo tanto los muebles como inmuebles, corporales e incorporales, derechos, valores y créditos, abarcando la punición, en palabras de Martínez-Buján Pérez, «todas las conductas que recaigan sobre cualquier modalidad que puedan revestir los beneficios o ganancias que tengan su origen en la comisión de un delito previo», para lo que habrá que «exigir que los bienes sean susceptibles de ser valorados económicamente y, por ende, susceptibles de ser incorporados al tráfico mercantil y de ser incorporados al patrimonio (pues el blanqueo persigue la integración de bienes con apariencia de legitimidad en el patrimonio del deudor); los bienes carentes de valor económico no resultan idóneos para ser objetos susceptibles de blanqueo. (...) pueden ser cualquier bien que haya sido directamente generado por la comisión de un delito previo: el producto del delito, el beneficio, la utilidad o las ganancias delito, incluyendo entre las ganancias el precio, la recompensa o la promesa para cometer un delito; incluso en algún caso el propio objeto material del delito precedente» (152).

(151) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: El desatinado delito... *op. cit.*, p. 12.

(152) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Derecho Penal Económico...», *op. cit.*, p. 253. En este sentido, el TS mantiene que los bienes objeto de blanqueo no tienen por qué ser aquellos que han constituido el objeto material del ilícito penal pre-

Puede resultar sorprendente que el tipo penal del blanqueo no incluya referencia alguna a un límite mínimo del valor económico de los bienes, que viene a abarcar el injusto (153) del delito de blanqueo de capitales, lo cual puede contravenir a todas luces el principio penal de intervención mínima (154). Quedaría pendiente, por tanto, que se determine en el delito de blanqueo de capitales una cantidad mínima a partir de la cual resulte atentado el bien jurídico protegido (155), ya que de otro modo podría vulnerarse el principio de proporcionalidad. En este sentido, cierto sector doctrinal considera que lo que realmente se produce con la comisión del delito de blanqueo de capitales es una ofensividad plural manifiesta, destacando a Vidales Rodríguez, para quien en el artículo 301 CP se albergan «dos tipos de comportamientos distintos que, por ende, se dirigen a la tutela de intereses también diversos (...)» (156). De un lado, serían los referidos a la realización de cualquier otro acto distinto de la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes delictivos, orientados por la finalidad de ocultar o encubrir dicho origen o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción en aras de eludir las consecuencias legales de sus actos, afectando a la Administración de Justicia. De otro lado, las conductas basadas en la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión, que vendrían a suponer un atentado contra el orden socioeconómico. En este sentido, señala Molina Man-

vio, aunque la hipótesis más frecuente estriba en que las conductas propias del art. 301 CP recaigan sobre las ganancias del hecho previo.

(153) Al respecto, *vid.* PALMA HERRERA, J. M.: «Los delitos de blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 390 y 391; BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 528.

(154) *Vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿Qué es blanqueo?...», *op. cit.*, p. 20; MATALLÍN EVANGELIO, A.: «El “autoblanqueo”...», *op. cit.*, p. 19, nota. En el mismo sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 248 y ss.; MUÑOZ CUESTA, F. J.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, p. 3.

(155) Acerca del amplio debate doctrinal en relación con el bien jurídico protegido, *vid.* FARALDO CABANA, P.: «Aspectos básicos...», *op. cit.*, pp. 124 y ss. En este sentido, indicando que el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales es distinto al del delito precedente, *vid.* ABEL SOUTO, M.: «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España», en Abel Souto, M./Sánchez Stewart, N.: *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 313; FARALDO CABANA, P.: «Cuestiones relativas...», *op. cit.*; de la misma: «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010», en *Revista de Inteligencia*, núm. 0, 2012, p. 32. Por su parte, y en relación al bien jurídico protegido, haciendo alusión a su carácter pluriofensivo, atentado a la administración de justicia y/o orden socioeconómico, *vid.* FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, J.: «Blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 199 y ss.

(156) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Blanqueo, ¿qué es blanqueo?...», *op. cit.*, p. 17.

silla que «*el delito de blanqueo no tiene como fin proteger el mismo bien jurídico del delito precedente, pues la puesta en peligro de aquél no varía con el delito de blanqueo. No obstante, cuando los capitales se reinvierten para seguir cometiendo delitos de la misma entidad del original, el bien jurídico lesionado será el mismo en ambos ilícitos*» (157). La jurisprudencia también ha sentado doctrina sobre esta cuestión. Y es que la STS de 21 de diciembre de 2005 ha manifestado que el delito de blanqueo de capitales «*incide en otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demoledor que afecta a los valores éticos*».

VII. LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DEL BLANQUEO DE CAPITALES. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este apartado vamos a abordar un análisis jurisprudencial acerca de la relevancia que hoy en día tiene la prueba indiciaria en relación con la actividad delictiva previa existente como vínculo de procedencia de los fondos o bienes objeto de blanqueo. Para poder sancionar el delito de blanqueo de capitales, como ya se ha comentado, con anterioridad a la reforma penal de 2010 se exigía la comisión de un delito previo, en lugar de la referida apreciación de actividad delictiva.

(157) Cfr. MOLINA MANSILLA, M. C.: «El delito básico de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 62 y 63. Según la autora, el blanqueo es un delito pluriofensivo que afecta a varios bienes protegidos, como son el orden socioeconómico, la Administración de Justicia y la Seguridad interior. *Vid.* MOLINA MANSILLA, M. C.: *Últ. op. cit.*, pp. 63-65. Acerca del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, *vid.*, también, las consideraciones de otras opiniones doctrinales, entre las que destacamos, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «¿Qué se protege en el delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 28 y ss.; o Espinosa Labella, para quien el bien jurídico protegido, además de en el patrimonio, reside en la regulación de la economía en el ámbito de una sociedad, al infringirse las reglas establecidas para que la obtención de patrimonios fluyan de forma lícita por los cauces económicos establecidos, propios del negocio, la empresa, y la actividad comercial. *Vid.* ESPINOSA LABELLA, M.: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, pp. 56 y 57; y para una exposición detallada y completa sobre objeto de protección en el delito de blanqueo de capitales, *vid.*, por todos, BLANCO CORDERO, I.: «El delito de blanqueo...», *op. cit.*, pp. 189 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: «Consideraciones en torno...», *op. cit.*, pp. 157-174.

La disyuntiva en la acreditación de la procedencia y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente, del que se derivan las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa se acude a la prueba indiciaria, que se considera suficiente como para enervar la presunción de inocencia a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados. En este sentido, certero se muestra Ferré Olivé al afirmar que «no requerir una sentencia condenatoria firme no implica, en todo caso, dejar de constatar una auténtica actividad delictiva previa» (158). Empero, no servirá una infracción administrativa, sino los requisitos de tipicidad propios de una actividad delictiva.

Basándonos en todo momento en la doctrina constante y uniforme del Tribunal Supremo en cada momento temporal y conforme a la vigencia que ha mantenido el texto punitivo español, se ha manifestado a tenor de la STS 1080/2010, de 20 de octubre, en relación a la prueba indiciaria, indicando que debe atenderse a «*cuestiones de política criminal, y, otras procesales relacionadas muy particularmente, con la prueba de sus presupuestos fácticos, además de otras dogmáticas como la de autonomía respecto del delito del que proviene el bien blanqueado y la compatible duplicidad de autoría del delito de blanqueo por quien cometió el delito del que procede el bien*».

Y es que ya no es necesaria una condena efectiva previa sino que es suficiente con probar que los bienes proceden de una actividad delictiva. En relación a esta cuestión, la STS 796/2010, de 17 de septiembre, manifestó que «*la jurisprudencia ha establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito del que proceden los bienes o dinero lavado, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios la conclusión razonable sea su origen delictivo*». En la misma línea, con anterioridad, la STS 5 de octubre de 2006, manifestó que «*no es preciso identificar un concreto hecho delictivo, ni tampoco que ya exista una sentencia condenatoria que lo establezca. Pero será precisa, al menos, una mínima identificación, de manera que pueda afirmarse de forma contundente que el origen de los bienes no es una actividad solamente ilícita, sino delictiva*». En el mismo sentido, la STS 628/2011, de 22 de julio, recuerda que es reiterada la doctrina que indica que «*no es necesario que exista un pronunciamiento judicial precedente que declare como delito la actividad de la que proceden los bienes (...), lo que en realidad, como podrá adver-*

(158) Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «Una nueva trilogía en Derecho Penal tributario. Fraude, regularización y blanqueo de capitales», en *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 372, 2014, p. 48.

tirse, equivale a la inconcreción del origen delictivo, puesto que si no existe condena firme sobre las actividades productoras de los bienes resultaría incongruente afirmar su carácter delictivo (...)».

Ciertamente, se ha reconocido que es habitual acudir a la prueba indiciaria, en cuyo ámbito, los indicios más frecuentes en la práctica de esta modalidad delictiva, según la doctrina consolidada por la Sala Segunda del TS (159), son: «a) *El afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia, respecto del que no se ofrece suficiente justificación.* b) *La utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a la práctica común en el mercado, tales como manejo de grandes cantidades de efectivo, utilización de testafierros, aperturas de cuentas o depósitos en entidades bancarias ubicadas en país distinto del de residencia de un titular, etc.* c) *Y, por último, la existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas, de modo que permita afianzar la imprescindible vinculación entre sendos delitos*». Así, la STS 155/2009, de 26 de febrero, expuso que «*admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera precedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (Sentencias del Tribunal Supremo 19.9.2001, 19.12.2003, y 23.12.2003), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente (Sentencia del Tribunal Supremo 23.2.2005), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo*».

En este sentido, resulta interesante destacar que, tal y como recordara la STS 637/2010, de 28 de junio, «*nos hallamos, por consiguiente, ante un delito «autónomo» cuya declaración no depende de la previa acreditación de ninguno otro anterior (SsTS de 29 de Septiembre de 2001, 10 de Febrero de 2003, 4 de Junio de 2007, 28 de Diciembre de 2009 ó 8 de Abril de 2010, por ejemplo), por lo que ha de bastar para afirmar el presupuesto objetivo del origen delictivo de los bienes, contenido en el tipo descrito en el artículo 301, con la existencia de prueba indiciaria, bastante de acuerdo con los criterios genéricos aplicables a esta clase de pruebas, para concluir con la necesaria certeza la realidad del referido origen enervando el dere-*

(159) Doctrina originada en virtud de las sentencias de la Sala Segunda del TS, de 23 de mayo de 1997; 15 de abril de 1998; 9 de mayo de 2001; 18 de diciembre de 2001; 6 de junio de 2002; y por la más reciente de 9 de octubre de 2004.

cho a la presunción de inocencia de los acusados (vid. SSTC como las 174 y 175/1985 y 229/1988)».

Centrándonos en los indicios acreditados y consignados para alcanzar la existencia del elemento subjetivo del tipo a tenor de la jurisprudencia, cabe señalar que la STS de 22 de julio de 2003 no exige «que consista en conocer con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general y, en su caso, de la procedencia del tráfico de drogas cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el art. 301.1 CP 1995, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad». Idéntico criterio ofrece la STS de 2 de diciembre de 2004, a tenor de la cual «el elemento subjetivo del delito del art. 301 CP 1995 –conocimiento sobre el origen ilícito del dinero utilizado–, no requiere que se conozca con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general, habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad. No se exige un conocimiento preciso y detallado del delito de referencia, ni tampoco que se haya juzgado tal delito principal». Así, y en virtud de la STS de 10 de febrero de 2003, «el tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales consiste, ante todo, en conocer o saber que los bienes sobre los que recae la acción de blanquear proceden o tienen su origen» en una actividad delictiva. Continúa el órgano exponiendo que «no es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado anímico de certeza, aunque el mismo no tiene que abarcar todos los detalles y pormenores de la infracción precedente, pues el conocimiento del autor no exige, y por ende no se precisa prueba al respecto, que se extienda a todas las anteriores operaciones delictivas de tráfico de drogas generadoras de tal ganancia, ya que ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución». En el mismo año, la STS de 23 de diciembre expuso que «en este sentido, no es preciso un concreto conocimiento del hecho delictivo antecedente, sino que basta que el acusado de blanqueo conozca el carácter antijurídico de la procedencia de los bienes».

En cuanto a la constatación del elemento de intencionalidad por parte del sujeto activo, la STS de 10 de enero de 2000 manifestó que «el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar tal conocimiento; ello se puede obtener tanto mediante prueba directa, que prácticamente será de imposible existencia, dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan

las redes clandestinas de fabricación, distribución y «lavado» del dinero procedente de las drogas, como por prueba indirecta, que será la más usual». En esta misma sentencia, el Tribunal Supremo manifestaba que «el recurrente tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de la droga –cosa que él niega–, lo que se desprende de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y se beneficia, sin embargo, de esta situación –cobraba un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa y debe responder, por lo tanto, de sus consecuencias».

Tratando de mantener una secuencia adecuada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo a lo largo del tiempo en relación a la prueba indiciaria, no siendo exigible ya una condena previa para poder sancionar el delito de blanqueo de capitales, y resaltando algunas situaciones que he considerado relevantes a lo largo de los últimos años, recordaremos que como elemento nuclear de los posibles indicios o sospechas exteriorizadas por los posibles sujetos activos del delito, «Basta, en definitiva, «...con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo» (STS de 8 de Abril de 2008)». El mismo criterio mostró la STS 156/2011, de 21 de marzo, al exponer que el delito de blanqueo de capitales es «un delito autónomo e independiente de los delitos precedentes, no interesando conocer ni los concretos delitos anteriores, ni las condenas, antes bien, el único dolo que se requiere y alrededor del que se vertebra el delito está constituido por la existencia de datos o indicios bastantes que en una valoración integrada y no desvirtuada por pruebas o indicios de descargo, permita afirmar tal conocimiento y consentimiento del agente». De igual manera, la STS de 9 de julio de 2012, estableció que «Es cierto... que no es suficiente con que el acusado tenga una simple sospecha de la ilicitud del origen de los bienes a blanquear. Esta Sala ha repetido una y otra vez que se requiere certidumbre sobre dicho origen, lo que a su vez tampoco significa el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o en todos sus detalles (véanse, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 1070/2003 de 22 de julio y 1450/2004 de 2 de diciembre)»; y la STS 300/2013, de 12 de abril expuso que la «jurisprudencia ha señalado que no es precisa una condena por el delito de

tráfico de drogas para poder establecer como probado que los caudales blanqueados tienen ese origen. Y que para ello es posible tener en cuenta cualquier dato que refleje esa relación con esa clase de actividades delictivas, cuando no existen otros que permitan sostener un origen distinto de los caudales o de los bienes. En este sentido, es posible valorar la existencia de detenciones anteriores, o incluso los informes que relacionan al acusado con otras personas a su vez relacionadas con el tráfico de drogas, o con esa clase de actividades, siempre que su contenido presente la suficiente consistencia».

Por su parte, la STS 578/2012, de 26 de junio, razona que «*como tenemos dicho, la sentencia que sirve para conectar al acusado con actividades o personas que se mueven en el mundo de las drogas, no tiene por qué ser condenatoria. En nuestro caso la sentencia de la Audiencia..., casada por esta Sala, sólo se tiene en consideración como un indicio de naturaleza fáctica para alcanzar una inferencia, resultando indiferente que fuera condenatoria u absolutoria...*».

A modo de ejemplo, pueden servir los pronunciamientos del Tribunal Supremo ante situaciones en las que ha confirmado o impuesto condenas ante evidencias indiciarias. Podemos destacar, entre otras, la STS de 23 de mayo de 1997, que precisaba que en los supuestos «*en el que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes concretamente del tráfico de estupefacientes, los indicios (160) más determinantes han de consistir en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas*». De modo que «*tanto por la importancia de las cantidades como por la diná-*

(160) Al respecto, en la STS 811/2012, de 30 de octubre, se estima que «*la posición del acusado recurrente como Guardia Civil destinado en el servicio aduanero del aeropuerto... le proporcionaba una información privilegiada sobre el tráfico internacional de drogas hacia (la Comunidad Autónoma) y le permitía fácilmente colaborar en la entrada ilícita de productos estupefacientes. Su relación con personas dedicadas al tráfico de estupefacientes es notoria, y si él mismo no ha sido condenado por dicho delito es por la anulación de las pruebas relacionadas con la ocupación de una maleta con treinta kilos de cocaína en el propio aeropuerto. El conocimiento de que el dinero ilícito blanqueado procedía precisamente de dicho tráfico constituye una consecuencia natural y lógica, aplicando al caso las normas más elementales de la experiencia...*».

mica de las transmisiones y el manejo inusual de efectivo, incluso con maletas repletas de billetes, se pone de manifiesto que se trata de operaciones absolutamente extrañas a las prácticas comerciales propias de los negocios legítimos, lo que constituye efectivamente un primer indicio de especial relevancia para apreciar la concurrencia de un delito de blanqueo de capitales y la participación del recurrente en el mismo; por lo que se refiere al segundo elemento indiciario relevante en este tipo de delitos (inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos patrimoniales o transmisiones dinerarias) ha quedado acreditada suficientemente la falta de realidad de las pretendidas operaciones de importación a que se referían supuestamente las transmisiones dinerarias, constatando incluso certificación de la Dirección General de Aduanas acreditativa de la inexistencia de dichas operaciones». En sentido similar, la STS de 15 de abril de 1998 configuraba como elementos indiciarios necesarios para constatar los supuestos de blanqueo de capitales, en primer lugar, «el incremento inusitado de patrimonio (161) u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas»; en segundo, «la inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos inusuales de patrimonio, la tenencia de cantidades insólitas de dinero en efectivo o las transmisiones patrimoniales anómalas» y; en tercer lugar, la «constatación de la relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes».

Por su parte, la STS de 29 de septiembre de 2001 disponía que «(...) se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias, y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas». De interés resultó también el caso de un detenido cuando la Policía registró la mochila que transportaba en su moto y comprobó que contenía 18.000.000 ptas. Ni se especifica que el dinero procediese de un delito relacionado con el tráfico de drogas, ni que el acusado conociese dicha ilícita procedencia, ni que estuviese tratando de convertir, transmitir u ocultar los bie-

(161) La STS de 1 de marzo de 2005, por su parte, declaró como prueba suficiente el conocimiento del origen ilícito del dinero porque el acusado carecía de ingresos legales suficientes y adquirió tres embarcaciones y una motocicleta con valor superior a 100.000 euros, sin explicación alguna sobre la existencia previa de los fondos para su adquisición.

nes o de encubrir su origen ilícito. Se expresa en la sentencia que los agentes policiales acordaron la detención al sospechar que dicho importe pudiera haber sido obtenido con el tráfico de estupefacientes. Efectivamente, las circunstancias de la ocupación de una cantidad de dinero en efectivo tan elevada en una mochila resultan sospechosas y pueden constituir un indicio de su procedencia ilícita (STS de 18 de diciembre de 2001).

En otro orden, la STS de 23 de febrero de 2005 se manifestaba en el sentido de que *«para exculpar a los imputados es necesario que todos los elementos concurrentes estén perfectamente esclarecidos y se pueda demostrar que tienen su origen en una actividad lícita, que responde a la realidad de prestaciones o ingresos realizados por la persona o personas a que conciertan el negocio. Las actividades típicas pasan por convertir, es decir, en transformar por medio de artificios, bienes procedentes de un hecho ilícito, estableciéndose una especial agravación cuando el delito generador sea el tráfico de drogas. También se incluye, para agotar las posibilidades delictivas, las actividades de transformación destinadas a encubrir u ocultar el origen delictivo de los bienes o cualquier forma de auxilio para ayudar a las personas que hayan participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»*. Así mismo, la STS de 10 de febrero del mismo año, indicó que *«se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas. (...) En el caso, la acusada acomete la construcción de un restaurante de lujo sin dinero para financiar tan importante obra y sin dar ninguna explicación razonable del origen del mismo, aunque sí afirmó que era de su marido, sujeto del que no constan operaciones comerciales o negocios que pudieran justificar el origen lícito de tan importantes cantidades»*.

En síntesis, y con independencia de esta secuencia expositiva de resoluciones jurisprudenciales que he considerado interesante resaltar por esclarecedoras de las posibles incógnitas que pudieran derivarse acerca de la idoneidad de los elementos o evidencias indiciarias relacionadas con el blanqueo de capitales y delitos o actividades ilícitas desarrolladas previamente, debe de recordarse y, por tanto, no relegar a un segundo plano, que los indicios más frecuentes en la *praxis*,

siempre que no puedan obtenerse o aportarse pruebas directas pese a la dificultad que ello pueda suponer, sobre todo en algunos delitos de dificultoso rastreo y persecución, serán el afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia; la utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a la práctica común en el mercado; y la existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas.

VIII. CONCLUSIONES

La legalización de grandes masas de bienes por medio de las prácticas blanqueadoras produce efectos negativos en las variables macroeconómicas y microeconómicas de un país (volatilidad de los tipos de cambio y de interés, problemas de liquidez, incremento de déficit y estabilidad del sistema económico financiero), como consecuencia de la riqueza sucia generada por esta clase de delincuentes. El fenómeno del blanqueo de capitales ha evolucionado con el tiempo, como también lo ha hecho su concepción.

Así, la contemplación del delito de receptación tiene lugar por primera vez en España tras el Código Penal de 1822. Después de múltiples reformas de ámbito penal, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal de 1973, introdujo indirectamente, aunque no con denominación propia, el delito de blanqueo en el artículo 546 bis f), tipificando la receptación específica, una variante del tradicional delito de receptación ordinario, limitando la actividad delictiva previa al blanqueo de ganancias procedentes del tráfico ilícito de drogas, siendo el núcleo del comportamiento descrito el «recibir, adquirir o aprovecharse» de dichos bienes o ganancias.

La evolución normativa penal nos muestra cómo en sus orígenes, para encontrarnos en la modalidad delictiva del delito de blanqueo de capitales, las ganancias obtenidas de la actividad delictiva debían proceder de un delito relacionado con el tráfico de drogas. La Convención de Viena de 1988 establecía la obligatoriedad de los Estados de tipificar como actividad delictiva el blanqueo de capitales procedentes de delitos relativos al tráfico de drogas. Esta Convención se concibe como un auténtico referente para la erradicación del blanqueo de capitales, al ser el primer texto internacional que definió el fenómeno y ofreció medidas para combatirlo.

Sería, no obstante, el Proyecto de reforma del Código Penal de 1992, cuando por vez primera se utilizara la denominación de «blanqueo de capitales» en el artículo 309. Tal iniciativa no prosperó, aun-

que finalmente vio luz la Ley Orgánica 8/1992, que también reformaba al Código Penal de 1973, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Convención de Viena y a la Directiva Comunitaria 91/308 CEE, introduciendo esta vez los artículos 344 bis h) y 344 bis i), todavía vinculando el blanqueo a la actividad procedente del tráfico ilícito de drogas. Las conductas típicas consistían en «convertir, transferir, ocultar, encubrir, adquirir, poseer, utilizar», a sabiendas de que el origen de los bienes o efectos era delictivo.

Posteriormente, el Código Penal de 1995 tipificaba el delito de blanqueo de capitales como aquella figura en virtud de la cual se blanqueaban bienes procedentes de cualquier delito grave, esto es, que llevaran asociada una pena de prisión superior a tres años. Así, y pese a las más de treinta reformas que ha sufrido esta norma hasta la fecha, se introdujo en el Título XII, Capítulo XIV, del Libro II, la rúbrica «De la receptación y otras conductas afines a la receptación», en los artículos 301 a 304 del cuerpo normativo. Este texto punitivo, que ya hemos mencionado que originariamente contemplaba como requisito básico que el delito precedente fuera un delito grave, suprimiría tal límite con la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en virtud de la cual cualquier tipo penal, con independencia de la gravedad, podría considerarse apto como delito antecedente del blanqueo.

Los elementos que determinan el concepto de blanqueo de capitales son básicamente los siguientes: se trata de un proceso integrado por diferentes fases sucesivas efectuadas (colocación, encubrimiento, integración) con el objeto de alcanzar un resultado determinado; se trata de un proceso de ocultación, cuya finalidad es la de impedir que se tenga conocimiento de una determinada situación; el objeto principal es la ocultación y enmascaramiento del origen delictivo de los fondos; y la finalidad fundamental estriba en dotar de apariencia legal a los bienes ilícitamente obtenidos, consiguiendo de esta manera su incorporación y utilización en el circuito económico legal.

Para aprovechar de forma eficaz los distintos rendimientos económicos obtenidos de forma ilícita y dotarles de apariencia de licitud, se antoja necesario hacer desaparecer cualquier rastro de origen delictivo, facilitando su incorporación disimulada al tráfico económico legal, evitando la generación de sospechas relativas a las actividades ilícitas previas. En esta tesitura, sería la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, la que definitivamente incluyera la referencia del delito de blanqueo de capitales (distinguiéndolo de la conducta afín de la receptación con la que se venía confundiendo con anterioridad), en el Capítulo XIV, «De la receptación y del blan-

queo de capitales», ampliando las ganancias procedentes del blanqueo a cualquier tipo de incremento patrimonial, a sabiendas de que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva.

Es evidente que el tipo objetivo del delito recoge una serie de actuaciones que vienen a englobar prácticamente todas las conductas reprochables relacionadas con el patrimonio y el orden socioeconómico y que, sin embargo, no se encuentran tipificadas en el texto penal. Resulta preocupante la expansión que está experimentando en este ámbito por el Derecho penal, incriminando conductas hasta niveles extraordinarios, en lugar de potenciar una adecuada política de prevención eficaz. En este sentido, no hay que relegar a un segundo plano que los principios de intervención mínima, idoneidad y proporcionalidad operan como principios informadores esenciales del Derecho penal.

El precepto que analizamos se estructura de manera confusa y dificulta la interpretación global del delito en sí, al incluir oscuras y abstractas modalidades delictivas de compleja interpretación. Podemos afirmar que el tipo básico del delito contempla tres formas de conducta bien distinguidas, ubicadas dos de ellas en el primer párrafo del artículo 301.1 CP, y la última, en el 301.2 CP.

Analizando las distintas modalidades que configuran el tipo delictivo, cabe afirmar que en relación a la adquisición de bienes de origen delictivo, esta implica la incorporación de los mismos en un nuevo patrimonio, entiéndase del blanqueador. Por su parte, la conversión de bienes aparece más enfocada a la transformación de los mismos en activos de otra clase o categoría, o bien a una mutación de los bienes en otros de distinta naturaleza. La conversión es utilizada fundamentalmente de forma unilateral por el blanqueador para dificultar la persecución de los bienes de los que es propietario, y puedan incorporarse al tráfico legal de forma más disimulada. La transmisión, por su parte, es un fenómeno opuesto al de la adquisición, ya que supone la segregación y extracción de determinados bienes o fondos del patrimonio del blanqueador, de origen delictivo en todo caso, con el objeto de trasladarlos al patrimonio de un tercero. Si bien es cierto, resulta necesario que se atribuya al nuevo adquirente un poder o facultad de disposición real sobre dichos bienes o activos, esto es, una efectiva transmisión real de los mismos.

En relación a las modalidades de la mera posesión y utilización de los bienes de origen delictivo como conductas tipificadas en el tipo del delito, sin tener ninguna finalidad específica añadida, manifiestan el interés del legislador por generar una suerte de «cajón de sastre» en el tipo objetivo, por la falta de aptitud para dotar de apariencia legítima a

los bienes y, por tanto, reintegrarlos al tráfico económico legal. Es por ello que tales actos no constituyen auténticas conductas de blanqueo, sino un aprovechamiento económico de los bienes propiedad del infractor o de un tercero. En este sentido, cuando la posesión y utilización de los bienes supongan una forma de ocultación o encubrimiento para disimular el origen delictivo, facilitando la introducción al tráfico financiero normalizado, adquirirán sustantividad propia a efectos penales, aunque, claro está, para ello ya se encuentra contemplada la cláusula abierta relativa a la «realización de cualquier otro acto» dirigido a ocultar, encubrir o ayudar.

En virtud de la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, se incorporó en el texto punitivo el «autoblanqueo», fruto del amplio interés del legislador por neutralizar y erradicar todo tipo de conductas que pudieran tener relación con la actividad blanqueadora. A diferencia de lo que las Directivas Europeas y las Recomendaciones del GAFI indican, dirigidas a los distintos países o Estados destinatarios de las mismas, en España se aprecia una tolerancia cero en materia penal sobre el delito de blanqueo de capitales, invadiendo el ámbito de actuación del derecho administrativo, e impidiendo que la vía penal se contemple, en puridad, como una herramienta de intervención mínima y de *ultima ratio*. El autoblanqueo es la máxima prueba de ello, que exige, ateniéndonos al tenor literal del precepto, un concurso de delitos, al requerirse un delito previo para su consumación. El tipo da cabida a supuestos un tanto irrelevantes, como la posesión o utilización de los beneficios del propio delito.

Puede afirmarse que el autoblanqueo no es compatible con la adquisición, posesión y utilización de los bienes, puesto que tales conductas se integran en la estructura del delito previo. Por su parte, las conductas consistentes en la conversión y transmisión de los bienes, cuando consistan en actos de mero consumo o se destinen a atender necesidades cotidianas o habituales de quien cometió el delito previo, no tendrán relevancia penal alguna. Distintos serían aquellos casos en los que se invirtiesen los beneficios del delito cometido con el ánimo de reintroducir las ganancias en el tráfico económico normalizado. Resulta esencial en el blanqueo y autoblanqueo que el sujeto activo tenga el ánimo o finalidad de dotar una apariencia de licitud a los beneficios obtenidos del delito, y así continuar con las distintas técnicas del proceso de blanqueo de capitales, hasta alcanzar el objetivo final.

Es por tal motivo que no toda contribución enfocada a la producción de un resultado de blanqueo merece un reproche penal. Aquí es donde ganan protagonismo las teorías de los actos neutrales. En este

sentido, son considerados actos neutrales aquellos comportamientos catalogados socialmente adecuados y que se llevan a cabo conforme a ciertos patrones estandarizados, careciendo de un sentido eminentemente delictivo, ya que no persiguen materializar fines ilícitos, sino satisfacer intereses legítimos propios, a pesar de que siguiendo el tenor literal del artículo 301 del Código Penal, todas las conductas descritas pueden subsumirse en el tipo delictivo. Debieran de carecer de relevancia penal aquellas conductas en las que el sujeto que las realiza no supera el riesgo tolerado, en tanto en cuanto no tenga la intención de enmascarar o disimular el origen delictivo del bien o bienes para su ulterior integración en el mercado financiero.

A falta de prueba directa se acude a la prueba indiciaria, que se considera suficiente como para enervar la presunción de inocencia a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados. Y es que ya no es necesaria una condena efectiva previa sino que es suficiente con probar que los bienes proceden de una actividad delictiva. Así, los indicios más frecuentes en la *praxis*, siempre que no puedan obtenerse o aportarse pruebas directas, son el afloramiento de cantidades de dinero de cierta importancia; la utilización del mismo en operaciones que ofrecen ciertas irregularidades, ajenas a la práctica común en el mercado; y la existencia de algún dato objetivo que relacione a quien dispone de ese dinero con el tráfico de sustancias prohibidas.

La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa

DRA. MARÍA PILAR MARCO FRANCIA

Profesora Asociada de Derecho Penal
Universidad de Castilla La Mancha

RESUMEN

Las cuestiones relativas a la peligrosidad criminal, el riesgo de reiteración delictiva, la imposición de medidas de seguridad post-delictuales como la libertad vigilada, son cuestiones de gran actualidad y la valoración del riesgo una cuestión difícil de solucionar. La pretensión de este trabajo es visualizar y abogar por la implantación en nuestro sistema judicial de técnicas actuariales complementarias que nos ayuden a determinar el riesgo que un individuo que ha delinquido, vuelva a hacerlo. Para ello se examinan cuestiones previas relativas a la peligrosidad criminal, para después pasar a analizar como aproximaciones a la prevención de riesgos: el juicio clínico, las herramientas para el juicio clínico estructurado y una exposición de los modelos actuariales más utilizados, prestando especial atención a la violencia sexual.

Palabras clave: peligrosidad, medidas de seguridad, valoración del riesgo, juicio clínico, modelos actuariales, violencia sexual.

ABSTRACT

Dangerousness, the risk of re-offending and the imposition of post-criminal security measures such as freedom under surveillance are very topical issues, and it is difficult to come up with adequate solutions to the problem of risk assessment. The purpose of this paper is to envision and advocate for the implementation of comple-

mentary actuarial techniques in our judicial system. These techniques are likely to be a valid tool to help us to assess the risk of re-offending. To this end, we examine previous issues related to criminal dangerousness, and then proceed to analyze the following approaches to risk prevention: clinical judgment, tools for structured clinical judgment and an exposition of the most widely used actuarial models, paying particular attention to sexual violence.

Key words: dangerousness, security measures, re-offending, risk, actuarial techniques, sexual violence.

SUMARIO: 1. Consideraciones o aclaraciones preliminares en torno al delincuente sexual violento y las técnicas de prevención del riesgo. 1.2. La peligrosidad delictiva. 1.2.1 Introducción. 1.2.2 La peligrosidad criminal en España. 1.2.3 La valoración del riesgo de peligrosidad.–2. Aproximaciones a la prevención de riesgos. 2.1 El juicio clínico. 2.2 Juicio clínico estructurado. 2.2.1 El HCR-20. 2.2.2 La escala de riesgo de violencia, segunda edición, (The Violence Risk Scale: 2nd Edition) (VRS-2). 2.2.3 El Sexual Violence Risk-20. 2.3 Los modelos actuariales más utilizados en violencia sexual. 2.3.1 La Violence Risk Appraisal Guide o *guía para la estimación del riesgo violento*. 2.3.2 La Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG). 2.3.3 El Rapid Risk Assessment for Sex Offense Recidivism (RRASOR). 2.3.4 STATIC-99. 2.3.5 La Matriz de riesgo 2000 (The Risk Matrix 2000). 2.4 Otras herramientas de valoración. 2.4.1 Escala de valoración de la reincidencia en la violencia sexual-20 (SVR-20). 2.4.2 Herramienta de cribado de agresores sexuales de Minnesota (MnSOST-3). 2.4.3 Evaluación del riesgo en agresores sexuales jóvenes. 2.5 Escalas que se utilizan en España. 2.5.1 Escala de Valoración de la Conducta Violenta y Riesgo de Reincidencia (EVCV-RR). 2.5.2 Tabla de Variables de Riesgo (TVR). 2.5.3 Valoraciones de riesgo sobre violencia de género.–3. Planteamientos para un estudio y discusión posterior.

1. CONSIDERACIONES O ACLARACIONES PRELIMINARES EN TORNO AL DELINCUENTE SEXUAL VIOLENTO Y LAS TÉCNICAS DE PREVENCIÓN DEL RIESGO

Las cuestiones relativas a los delincuentes peligrosos y de las medidas a aplicar a esos sujetos son de gran actualidad. Pero ¿a qué nos referimos con sujetos peligrosos? ¿Cómo se mide cuán peligroso es un delincuente? Cuando hablamos de un delincuente sexual peligroso nos referiremos a los delincuentes que cometen delitos contra la libertad e indemnidad sexual y serán considerados o no, peligrosos en función de la valoración subjetiva que se haga de los mismos por los profesionales que tengan encomendada esta tarea de acuerdo con los

datos que obren en autos y datos objetivos de reincidencia de acuerdo con las técnicas que éstos utilicen para realizar la valoración. Al valorar, se utilizarán técnicas de prevención de riesgo en los agresores sexuales, y con ellas estaremos haciendo referencia a aquéllas técnicas que nos permitan valorar el riesgo de reiteración delictiva de un delincuente sexual.

La televisión realiza una especial difusión de casos violentos donde hay niños agredidos sexualmente –tales como el de la niña Mari Luz Cortés (1), el caso Karate, el abusador sexual de menores indultado en Marruecos o el recientemente juzgado depredador sexual de Ciudad Lineal-, incluso en el telediario en horarios de alta audiencia– nos muestran un exterior diferente a la relativa paz de nuestros domicilios y donde acecha ese mal, tal y como acecharía un depredador: Los delincuentes peligrosos y los que la doctrina americana denomina delincuentes depredadores violentos (*sexually violent predators*).

Conocer más sobre los individuos peligrosos que están a nuestro alrededor y profundizar en la teorización de las mejores opciones para lidiar con el problema de la peligrosidad de esos individuos parece que pudiera ser una buena manera de luchar contra esta forma de delincuencia, o al menos intentar prevenirla. A dicho respecto, Anderson (2), nos muestra un ejemplo que, según el autor, sucedió recientemente: un pequeño pueblo en África estaba sufriendo los ataques predatorios de leopardos, a consecuencia de los cuales varias personas murieron. Una persona del pueblo puso de relieve que los leopardos sólo atacaban por detrás y propuso llevar una máscara que representara una cara detrás de la cabeza. Dicha estrategia funcionó, nadie fue atacado cuando llevaba esa máscara.

Este ejemplo funciona como muestra de comportamiento adaptativo, tanto del animal en un primer término, tras observar su objetivo de caza y contemplar tras varias cacerías, que el ataque era efectivo si se reali-

(1) En este caso se produjo una gran alarma social ante un fallo del sistema de ejecución de penas ya que su asesino, Santiago del Valle tenía una pena pendiente de ejecutar por un delito de abusos sexuales y pese a ello, se hallaba en libertad en el momento de cometer el crimen contra la niña; estos hechos motivaron un gran debate sobre la introducción de la pena de cadena perpetua para estos delitos, *vide* MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*. Barcelona: Librería Bosch S. L., 2011, pp. 37 y 185 y que acabaron con la aprobación de una iniciativa legislativa a medida de lo solicitado por el padre de la niña, por eso Díez Ripollés lo califica como un ejemplo paradigmático del sesgo coyuntural y mediático de cómo se están tratando legislativamente en nuestro país estos asuntos, cfr. Díez RIPOLLÉS, J. L., *Delitos y Penas en España*. Madrid: Los libros de la catarata. 2015.

(2) ANDERSON, G., *Biological influences on criminal behavior*. CRC Press Taylor & Francis Group. Boca Raton, 2007, p. 32.

zaba por detrás y en un segundo lugar, por el ser humano, que por medio de la misma observación, pudo comprender el patrón, encontrar una explicación y buscar una solución que evitara el problema.

Nuestro objetivo ha de ser intentar detectar un patrón de coincidencias comportamentales (3) para llegar a conclusiones que nos permitan, no buscar una solución, porque la agresión está (y seguirá estando) en la naturaleza tanto humana como animal, pero sí nos posibilitará trabajar en la prevención de la comisión de nuevos delitos y en la evitación de reiteración delictiva. En este sentido, es interesante una investigación sobre las actividades rutinarias de las víctimas y la forma de seleccionar su objetivo por parte de los delincuentes sexuales realizada por Deslauriers-Varin y Beauregard. Estos autores recalcan la interacción existente entre los aspectos geográfico y de comportamiento del delincuente sexual de menores y cómo entender los puntos clave que se repiten en su actividad delictiva sexual y se intentan reducir los riesgos de ser aprehendido con la selección de su «presa», siempre adecuando su actuación al escenario en el que se produce, y la mayor parte de los delincuentes sexuales, independientemente de si son abusadores de menores o no, son bastante versátiles, lo que puede ser en definitiva, consecuencia de la capacidad adaptativa del ser humano que actúa a sabiendas de que lo que está haciendo es delictivo e intenta evitar las consecuencias jurídico penales que sus actos puedan acarrear (4). Este estudio sí nos ayuda en lo que se

(3) A este respecto las perspectivas, tanto de investigación académica como de investigación forense del delito en sí, pueden abordarse desde la elaboración de perfiles criminales, partiendo de que el proceso delictivo de un determinado delincuente sexual es estable; es decir, sigue unos mismos patrones (Respecto a los patrones temporales, AGNEW discrepa respecto a que las variables causales se mantienen estables durante periodos largos, y establece tres niveles temporales que podrían ayudar para explicar el delito: las de largo plazo, las de corto plazo (horas o días) y las de carácter situacional que durarían desde segundos a minutos). También podemos partir del examen del hecho delictivo tal y como hace la Teoría de prevención situacional de los delitos, que lo que intenta es crear ambientes seguros, puesto que se mantiene que es más probable que se cometa un delito cuando el delincuente esté dispuesto a ello y no exista control, *vide* p. 118 de AGNEW, R., «Crime and time: The temporal patterning of causal variables». *Theoretical Criminology*, 15(2), 2011, pp. 115-140.

(4) En su estudio se investigaron los hábitos de selección de objetivos de 72 delincuentes sexuales en serie que habían cometido un total de 361 delitos sexuales con víctimas desconocidas para ellos y hallaron tres criterios de selección de objetivos basados en las actividades que las víctimas desarrollaban previamente a la comisión del delito: el domicilio (con las opciones de intrusión en el mismo o invitación al mismo), el extra-domiciliario (coercitivo o no coercitivo) y el de índole social (que podría ser en el mismo sitio o fuera del mismo) y que eran utilizados tanto por pederastas como por agresores sexuales de adultos. Estos métodos podían ser cambiados y

refiere a la prevención situacional del crimen, para dificultar la comisión de los abusos sexuales contra menores en los lugares donde localizan a sus víctimas, aunque también es cierto que existe el riesgo de que desplazemos el lugar de comisión del delito a otra zona. Por ejemplo, en el verano de 2014, en el caso del depredador sexual de la zona de Ciudad Lineal que tanta alarma social despertó, supuso un incremento importantísimo de la presencia policial y del nivel de alerta de los padres y cuidadores de menores, que aparte de desaparecer de los parques y zonas públicas de la zona, incrementaron los niveles de vigilancia de los menores y de aquéllos adultos que se les aproximaran o parecieran sospechosos, por lo que no es descabellado pensar que dicho depredador cesará en su actividad delictiva durante un tiempo hasta que se calmen los ánimos, o bien trasladará su «zona de caza» a otras áreas menos vigiladas, lo que podría provocar errores en el delincuente, ya que posiblemente no controle las variables externas tan bien como en la zona de su elección primigenia.

Las evaluaciones de riesgos de pacientes psiquiátricos se basan, por una parte en la evaluación del comportamiento pasado del paciente (lo que incluirá los arrestos pasados, si tuvo una edad temprana en el momento del primer arresto, historial de violencia o incendios), abuso de sustancias, también se evalúa la crueldad con los animales, conducta arriesgada que denote impulsividad o falta de control; así como una evaluación de la situación actual del paciente y si este es joven, de sexo masculino que no siga el tratamiento, si tiene o no acceso a armas, cuál es su ambiente familiar, si existe falta de compasión o de empatía o si no le preocupan las consecuencias de una actuación violenta, o si ha mencionado su intención de hacer daño. Los psiquiatras, a la hora de valorar el riesgo, atienden a estas circunstancias que hemos mencionado y además lo combinan con su conocimiento del paciente (personalidad, síntomas, ambiente) y de la posibilidad de asistirse por instrumentos de evaluación del riesgo estructurados (5).

En nuestro Derecho vamos a ver cómo determinar la peligrosidad criminal de un individuo, considerada como juicio de probable reiteración delictiva va a ser muy importante a la hora de decidir entre las medidas cautelares de la libertad y prisión provisional o acordar una

de hecho se identificó un cambio operacional de los mismos en alrededor del 50% de los perpetradores en al menos una ocasión. *Vide* DESLAURIERS-VARIN, N., y BEAUREGARD, E., «Victim's routine activities and sex offenders' target selection scripts: A latent class analysis». *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 22(3), 2010, pp. 315-342, p. 337.

(5) BUCHANAN, A., BINDER, R., NORKO, M., y SWARTZ, M., «Psychiatric Violence Risk Assessment». *American Journal of Psychiatry*, 169(3), 2012, 340.

medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación; de cara a imponer o no una medida de seguridad de libertad vigilada, para conceder el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, para conceder permisos penitenciarios o una libertad condicional. Por ello, la evaluación del riesgo de violencia es una tarea muy importante para los psicólogos que trabajan en la práctica forense (6). Además, en palabras de Pérez y colaboradores: «un delincuente sexual que se valore como sujeto de alto riesgo, requerirá un control y una supervisión comunitaria mucho más estrictos que un sujeto que se considere de bajo riesgo de reincidencia sexual. Por este motivo, una buena predicción de la reincidencia sexual es necesaria tanto para evitar futuras víctimas como para reducir el coste institucional de estos sujetos y, como consecuencia, maximizar los recursos disponibles en la atención a individuos que realmente lo requieran» (7).

Las técnicas de prevención de riesgo en los temas de violencia no tienen un nivel satisfactorio de precisión en la predicción. Existen varias razones, entre las que Daffern (8), señala que no se tienen en consideración las tasas básicas de agresión y que consisten en la probabilidad de que un suceso ocurra en una muestra en concreto; y al ser las agresiones escasas y dado que es más difícil de predecir cuándo un suceso es raro, la consecuencia es que se incrementan los falsos positivos, es decir, se producen más supuestos en los que se predice que alguien va a ser agresivo y no lo es, que supuestos en los que se dice que alguien no va a ser agresivo y lo es falsos negativos).

Además, en la actualidad no es posible hacer predicciones que vayan a ser exactas respecto a comportamientos futuros, por lo que únicamente se puede trabajar en términos probabilísticos de mayor o

(6) PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTINEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., y ANDRES PUEYO, A., *Assessing risk of recidivism in sex offenders*. *Psychology in Spain*, 13(1), 2009, pp. 55-61. También sería un posible nicho de empleo para los licenciados y graduados en Criminología, debido a su formación interdisciplinar en Derecho, Psicología y Criminología.

(7) *Op. cit.* PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTINEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., y ANDRES PUEYO, A. (2009). «Assessing risk ...», p. 206.

(8) DAFFERN, M., *Risk assessment for aggressive behavior in personality disorder*. En A. Tennant, y K. Howells, *Using time, not doing time. Practitioner perspectives on personality disorder and risk* (pp. 15-32). Chichester: Wiley- Blackwell. 2010, señala en la p. 207 como ejemplo el de Johnny Baxtrom, en el caso del Hospital *Dannemora State*, donde mil pacientes fueron institucionalizados y posteriormente puestos en libertad. Se realizó un seguimiento de estos casos para determinar cuántos de ellos reincidirían con agresividad (tal y cómo se determinó que harían), y tuvo como resultado que menos de un tres por cien de las personas a las que se hizo el seguimiento, cometieron un acto violento en los dos o tres años siguientes.

menor riesgo y utilizar predictores de una posible y futura conducta delictiva que podrán tener mayor o menor rigor científico. No se puede asumir que incluso con el debido entrenamiento, los instrumentos de evaluación del riesgo actuariales estén exentos de error (9).

1.2 La peligrosidad delictiva

1.2.1 INTRODUCCIÓN

Es muy difícil definir el concepto de peligrosidad. Tendemos a conceptuar a los delincuentes sexuales (especialmente a los que atentan contra niños), como si fueran una suerte de demonios modernos, las nuevas brujas que hay que quemar en la hoguera pública, son personas peligrosas a las que hay que aislar y evitar. En palabras de Wacquant (10) «el pedófilo se ha convertido en la vil encarnación de toda amenaza contra la integridad de la familia y al que se le teme en la misma medida en que la familia es sometida a las penurias causadas por la informalización del trabajo». En definitiva, es «el otro», el enemigo a batir y a quien despersonalizamos para poder cosificar.

Tal como defendió Romeo Casabona (11): «(...) el concepto de peligrosidad no adquirirá realmente una entidad propia como instituto del Derecho penal moderno hasta que se le vincule sistemáticamente con una consecuencia del delito distinta de la pena: la medida de seguridad». La peligrosidad criminal es, según Romeo Casabona (12) la probabilidad de volver a cometer un delito en un futuro y el juicio que se realiza para su valoración es de tipo natural por lo que no se involucra la moral y se realiza en dos tiempos: el diagnóstico de peligrosidad (comprobar la peligrosidad del individuo) y la prognosis de criminalidad, es decir cómo se relaciona esta peligrosidad con su futuro criminal y aquí sería donde entrarían las consideraciones de vulnerabilidad genética.

(9) STOREY, J., WATT, K., JACKSON, K., y HART, S. «Utilization and Implications of the Static-99 in Practice». *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* (24), 2012, pp. 289-302, p. 299.

(10) WACQUANT, L., *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa editorial, 2010, p. 63.

(11) ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 17.

(12) *Op. cit.* ROMEO CASABONA, C., «Peligrosidad ...» pp. 14 y ss., ROMEO CASABONA, C., «Presupuestos biológicos y culpabilidad penal». En E. Demetrio, y M. Maroto, *Neurociencias y Derecho Penal* (pp. 425-446). Madrid: Edisofer S. L., 2013, p. 441, y URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 55.

No obstante, las últimas tendencias científicas abogan porque el concepto de peligrosidad, de tan manido resulta obsoleto e inoperante y se aboga por su sustitución por «riesgo de violencia» (13).

En España y en el mundo, la peligrosidad criminal ha venido tratándose desde antiguo. Pensemos que el concepto de peligrosidad no es en absoluto algo nuevo, como señala Harrison (14), aludiendo a la Biblia y, sin ir más lejos, los primeros cristianos eran vistos como sujetos peligrosos. Ya Garófalo (15) (1912) definió el estado peligroso que englobaba dos elementos: la capacidad criminal o *temibilidad* (16), y la adaptabilidad o capacidad de inserción social (17).

Ahora bien, ¿Podemos y o debemos limitar nuestra configuración como «peligrosos» a ese tipo de delincuentes? Tal y como veremos en el desarrollo de este trabajo, tenemos una serie de ideas preconcebidas sobre lo que es peligroso o no, dependiendo en muchas ocasiones primero, de nuestra subjetividad y, segundo, también de la alarma social que determinados crímenes dejan en nuestra comunidad amplificadas (o magnificados (18)) por los medios de comunicación (19).

Determinar la peligrosidad o no de alguien es muy subjetivo: yo puedo considerar a una persona como amenazante o peligrosa y otro que lo enjuicie, entender que no. La manera de determinarlo será que exista una alta probabilidad de causar un daño severo a otra per-

(13) Sobre un análisis crítico del concepto de peligrosidad ver por todos ANDRÉS PUEYO, A., «La peligrosidad criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico». En Demetrio Crespo, Eduardo (Director) Maroto Calatayud, Manuel (Coordinador) *Neurociencias y Derecho Penal*. (pp. 483-503). Madrid: Edisofer S. L., 2013.

(14) HARRISON, K., *Dangerousness, risk and the governance of serious sexual and violent offenders*, Abingdon: Routledge, 2011, p. 3.

(15) GARÓFALO, R., *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la personalidad*. Madrid: Daniel Jorro Editor, 1912.

(16) Y en virtud de esta *temibilidad*, los enemigos interiores del Estado (delincuentes, alcohólicos, prostitutas, etc.) tenían que ser eliminados como lo son los enemigos en una guerra *vide* ARMAZA ARMAZA, E. J., *El tratamiento penal del delincuente peligroso*. Granada: Editorial Comares S. L., 2013, p. 24.

(17) VILLANUEVA CAÑADAS, E., & VALENZUELA GARACH, A., «La prognosis criminal». En J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*. Sexta edición. (pp. 1085-1093). Barcelona: Masson, S. A., 2005.

(18) Tal y como indica Romeo Casabona en el prólogo de la publicación de la tesis de su discípulo *op. cit.* ARMAZA ARMAZA, E., «El tratamiento penal...», p. XVIII «tal vez lo vemos todo ahora a través del foco de los medios de comunicación que lo magnifican todo».

(19) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Delitos y penas...», p. 40, achaca a los escasos supuestos de delitos sexuales contra menores que se han producido, y la enorme repercusión mediática que han generado al endurecimiento de la reforma del Código Penal de 2015, pese a que la delincuencia sexual en nuestro país no llega a un 1%, siendo además de perfiles relativamente bajos y de menor tasa de reincidencia que en otros delitos.

sona, y se trata de un juicio de peligrosidad futuro, no de su presente ni de su pasado (20).

Para Walker (21) las personas etiquetadas como «peligrosas» presentan a la sociedad un dilema moral. Por un lado, queremos prevenir que estas personas causen daño a otros, pero también nos sentimos culpables cuando prevenir significa una drástica interferencia en sus vidas. Queremos asegurar la seguridad pública pero dicha seguridad no puede ser alcanzada vulnerando los derechos constitucionales de los delincuentes, y a costa de lo que sea.

Una definición operativa de delincuente peligroso es la que realiza el Consejo de Ministros de la Unión Europea en la reciente Recomendación CM/Rec (2014)³ es: «una persona condenada por un delito sexual muy grave o un delito violento muy grave contra las personas y que presenta una alta probabilidad de volver a delinquir con ulteriores delitos sexuales o violentos muy graves contra las personas». Por tanto, tendrá que ser una persona que ya ha delinquido previamente causando un daño, ya sea físico o psíquico grave, y que existe una gran probabilidad de que vuelva a delinquir, causando de nuevo un grave daño. Quedarán fuera de esta definición delitos sin víctimas concretas como la corrupción o el tráfico de drogas (22). Como complementos de la definición, la Recomendación continúa definiendo la violencia como «el uso intencional de la fuerza física que puede ser futura o presente, dirigida contra las personas y que tenga como resultado, o que tenga un alto riesgo de que resulte en daños físicos, psicológicos o muerte». Esta definición identifica cuatro medios por los cuales la violencia puede ser infligida: por medio de un ataque físico, sexual o psicológico, así como por la privación de libertad.

En otros países como Reino Unido sí tienen una regulación de la peligrosidad. Específicamente, en lo que se refiere a la *Criminal Justice Act* de 2003, se establece la peligrosidad de un delincuente, dependiendo de que haya sido condenado de manera previa por un delito específico, y que el Tribunal decida que existe «un riesgo significativo para la población de que se produzca un daño serio (consistente en un resultado de muerte o de un daño grave físico o psicológico (s 224 (3)) ocasionado por la comisión por parte de este sujeto de

(20) COHEN, M., GROTH, A., y SIEGEL, R., «The clinical prediction of dangerousness». *Crime and delinquency* (24), 28-39, 1978, p. 29.

(21) WALKER, N., *Dangerous people*, London: Blackstone Press Limited, 1996.

(22) PADFIELD, N., *The sentencing, management and treatment of the 'dangerous' offenders. Final report*, European Committee on crime problems, Council for Penological Co-operation. Strasbourg: Council of Europe, 2010. Recuperado en julio 15, 2011, de www.coe.int/prison, p. 6.

delitos similares (s 229 CJA 2003)». La legislación referente a delincuentes peligrosos se encuentra en las secciones 224-236 de la *Criminal Justice Act*, modificada por la *Criminal Justice and Immigration Act* de 2008, y se aplica a delitos cometidos a partir del 4 de abril de 2005. En el caso de que un delincuente sea mayor de 18 años y haya sido condenado por uno de los delitos que se especifican como delitos graves, y el Tribunal opine que existe un riesgo importante para la comunidad de que se produzca un daño futuro por la comisión de ulteriores delitos, el delincuente recibirá una cadena perpetua discrecional (*Discretionary Life Sentence*) (23) o una sentencia de prisión para la protección pública (*Imprisonment for Public Protection*) (24). Para que se aplique la pena de cadena perpetua, el delito debe llevar aparejado ese castigo y el Tribunal debe ser de la opinión de que «la seriedad del delito, o de éste y uno o más delitos asociados a él es de tal magnitud, que se justifique la imposición de una pena de cadena perpetua» (225 (2)(b) CJA (2003)).

En lo que respecta a los delincuentes sexuales considerados como peligrosos, en primer lugar lo que se realiza es evaluar la peligrosidad del sujeto, pensemos que la mayor parte de los delitos incluidos en la *Sexual Offences Act* son de los delitos «especificados» para la pena más grave. Para los delincuentes de 18 años o más, existen tres posibilidades de pena: cadena perpetua, sentencias indeterminadas de prisión para la protección pública y las sentencias extendidas. La evaluación de la peligrosidad va a ir dirigida a que el Tribunal considere que existe un riesgo de causar un daño porque el delincuente cometa un delito serio (lo será el que lleve aparejada una pena de prisión perpetua o una pena de diez años de prisión); en tal caso, si se entiende que se cumple el criterio de riesgo en un delincuente adulto, se debe imponer una cadena perpetua o una sentencia indeterminada para la protección del público. El tiempo mínimo a cumplir por dichos reclusos habrá de ser la mitad del establecido en la Sentencia, reducido en el tiempo que hubiera cumplido en prisión provisional. Cuando los delitos no sean graves y sí exista el riesgo en un delincuente adulto, el Tribunal tendrá

(23) Respecto a la legalidad de estas sentencias en referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó en 1990 en el caso *Thynne, Wilson and Gunnell v. UK* que una vez el periodo mínimo ha finalizado, los condenados tienen derecho a que se revise su detención. COBLEY (2005, p. 227) mantiene que al estar los casos de los condenados a una sentencia indeterminada que los condenados a una cadena perpetua discrecional, una vez se haya cumplido con el periodo mínimo, y se cumpliera con esta revisión, las penas estarían conformes con lo establecido en el artículo 5 de la Convención.

(24) RUTHERFORD, M. (2009). «Imprisonment for public protection: an example of “reverse diversion”». *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 20, 37-41.

que extender el periodo previo a su liberación de prisión con un mínimo de doce meses y cuya duración será la que el Tribunal considere necesaria para proteger a los miembros de la comunidad de un posible daño debido a la comisión de delitos futuros (25).

El equivalente británico de nuestra Dirección General de Instituciones Penitenciarias, el *H. M. Prison Service* (26), en la estrategia que sigue para delincuentes peligrosos establece como definición: «*aquél que, habiendo sido condenado por delitos sexuales o violentos, es diagnosticado con un alto riesgo o muy alto riesgo de causar un daño severo que amenace la vida de otros o que pueda causar un trauma del que su futurible recuperación, ya sea psicológica o física se valore como difícil o imposible*».

Holmes y Soothill (27), entienden que, según la legislación de Inglaterra y Gales, la peligrosidad es un atributo patológico del carácter, y consiste en el hecho de infligir daño a otros vulnerando las normas legales o sociales y critican que, pese a estar en el siglo veintiuno, la definición se realiza desde la emotividad, por lo que no nos ayuda a la hora de abordar una comprensión precisa del comportamiento criminal. Sin embargo, y según Harrison (28), siguiendo a Holmes y Soothill, entiende que los delincuentes a los que se etiqueta de esta forma, raramente son peligrosos de manera continua, por lo que no debería ser visto como un rasgo caracterológico.

1.2.2 LA PELIGROSIDAD CRIMINAL EN ESPAÑA

Según la Real Academia Española, peligrosidad es aquello que tiene la «cualidad de peligroso», y «peligroso». En su primera acepción, significa «que tiene riesgo o puede ocasionar daño» y en su segunda acepción, referida a persona: «que puede causar daño o cometer actos delictivos». Para Villanueva y Valenzuela (29), se pueden definir los estados peligrosos como «aquél comportamiento del que con gran probabilidad, puede derivarse un daño contra un bien

(25) SENTENCING COUNCIL. (2013). *Sexual Offences. Definitive Guideline*. London. Recuperado en mayo 2, 2016, de http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Final_Sexual_Offences_Definitive_Guideline_content_web1.pdf.

(26) H. M. PRISON SERVICE, *Dangerous offender strategy for the prison*, London: Home Office, 2004.

(27) HOLMES, S., y SOOTHILL, K., «Dangerousness», en Y. Jewikes, y J. Bennett, *Dictionary of prisons and punishment*. Devon: Willan Publishing, 2008.

(28) *Op. cit.* HARRISON, K., «Dangerousness, risk and the governance...», p. 2 y HOLMES y SOOTHILL *op. cit.* «Dangerousness...».

(29) VILLANUEVA CAÑADAS, E., y VALENZUELA GARACH, A., «La prognosis criminal». En J. A. Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*. Sexta edición, 2005 (pp. 1085-1093), Barcelona: Masson, S. A. p. 1085.

jurídicamente protegido, o como aquella conducta que es reprobada socialmente». Esta definición sería muy adecuada, pero dejando de lado lo que sería la peligrosidad social que merecería un reproche social, pero en ningún caso jurídico penal, por lo que ya estaríamos adecuándonos a las modernas corrientes psicológicas que no hablan de peligrosidad sino de «riesgo de violencia» (30).

En nuestra legislación, no existe una definición de peligrosidad, ni de sujeto peligroso, ahora bien, sí encontramos referencias directas e indirectas a la peligrosidad y peligrosidad criminal en la regulación de la prisión provisional (reiteración delictiva) y en el Código Penal, así como en la legislación penitenciaria:

1) *La regulación de la prisión provisional.*

Por ejemplo, si nos encontramos en una situación judicial de un agresor sexual en la que ha de decidirse sobre su libertad provisional o prisión provisional de cara a alegar reiteración delictiva (31), los instrumentos que examinaremos en este trabajo podrían ayudar al Juez a la hora de tomar una decisión, más allá de su «ojo clínico» o intuición personal de que esa persona pueda ser peligrosa o no. Con ello evitaríamos riesgos, tanto de reiteración delictiva para el caso de que se valorara que dicha persona puede volver a delinquir, como de su opuesto; estaríamos evitando que una persona cuyo riesgo delictivo

(30) ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psicothema*, 22(3), 2010, pp. 403-409. Recuperado el 21 de julio de 2014, de www.psicothema.com, p. 1.

(31) La prisión provisional se encuentra regulada en los artículos 502 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECR), como privación del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución) que es, tiene carácter excepcional y solo se impondrá cuando no existan otras medidas menos gravosas aplicables al caso y siempre habrá de tener en cuenta las repercusiones para la vida del individuo que la medida va a producir. Es decir, de acuerdo con los principios de excepcionalidad (ya que rige el favor *libertatis o in dubio pro libertatis*), el de proporcionalidad, a los que ya hemos aludido, y el principio de judicialidad; ha de ser impuesta por el Juez o Magistrado instructor o juzgador; y por el principio de provisionalidad, por el que dicha prisión ha de ser revisada en la medida que cambien las circunstancias que justificaron su imposición (STC 128/1995, de 26 de julio).

Para la ponderación que el juez tiene que realizar a la hora de fijar o no la prisión provisional entre el favor *libertatis* y el posible peligro de fuga, de destrucción de pruebas o de que actúe contra la víctima/testigo. Además, el párrafo segundo alude a la posible reiteración delictiva del imputado, siempre en concurrencia con los requisitos primero y segundo unida a la gravedad del hecho ya cometido con los que podría llegar a cometer, llegando a que no sea necesario siquiera el requisito de los dos años de prisión siempre y cuando de los antecedentes que obren en autos se infiera que es un delincuente habitual o que colabora con otros de forma organizada para la comisión de delitos.

sea bajo (asumiendo que no se cumplan otros requisitos que sí le harían merecedor de la prisión provisional) entre en prisión, con la estigmatización que ello supone.

2) *El Código Penal.*

a) El artículo 6 del Código penal, en su apartado 1 que fundamenta la imposición de las medidas de seguridad en la peligrosidad del sujeto, siempre que dicha peligrosidad se exteriorice en la comisión de un delito (medidas de seguridad post-delictivas); y en su apartado 2, que limita su duración a la pena abstractamente aplicable al delito cometido y al tiempo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

b) El artículo 36.3 C. P donde se faculta la revisión de la prisión permanente revisable con acuerdo de la progresión a tercer grado de determinados reclusos enfermos muy graves con padecimientos incurables y de septuagenarios valorando de manera especial su escasa peligrosidad. Siendo los motivos principales los humanitarios y la dignidad de la persona.

c) El artículo 83 del Código Penal, regula la condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad al cumplimiento de determinadas prohibiciones y deberes. En sus apartados 3 y 4 se establece la obligación de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de Instituciones penitenciarias a comunicar al Juez o Tribunal de ejecución y al Ministerio Fiscal si se produce un quebrantamiento o incumplimiento de las mismas (u otra circunstancia) porque va a ser relevante para valorar la peligrosidad del penado y su posible futura reiteración delictiva.

d) También se hace referencia a la peligrosidad del sujeto en la regulación de la libertad condicional, concretamente en el artículo 90.5 del Código Penal, dónde se faculta al Juez de Vigilancia Penitenciaria para revocar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando haya existido una modificación de la situación que permitió la suspensión de la ejecución que no permita mantener más el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

e) El artículo 91.2 y 3 del Código Penal faculta a la Instituciones Penitenciarias para el caso de internos enfermos graves con padecimientos incurables acreditados o septuagenarios (o que alcancen dicha edad durante la condena) se pueda elevar al Juez de Vigilancia Penitenciaria su libertad condicional, aun cuando no hayan extinguido la parte necesaria de la condena que establece el artículo 90 C. P. El Juez de Vigilancia Penitenciaria habrá de valorar en su resolución junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la

escasa peligrosidad del sujeto. En el caso del apartado 3 establece para los casos de peligro patente para la vida del interno por su enfermedad o edad, habida cuenta de la falta de peligrosidad del mismo, concederla libertad condicional sin más trámite que un informe del centro penitenciario sobre el pronóstico final para poder valorarlo. Claramente estamos ante supuestos humanitarios y que intentan preservar la dignidad del interno.

f) En el artículo 92.3 in fine del Código Penal donde se trata la revocación del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando se haya producido un cambio de circunstancias que hagan que no se pueda mantener el pronóstico de falta de peligrosidad que motivó la concesión del beneficio en primer término.

g) El artículo 97 b) que habilita al Juez o Tribunal sentenciador a decretar el cese de la medida de seguridad impuesta si desaparece la peligrosidad criminal del sujeto.

h) En la regulación de la libertad vigilada en el artículo 192.1 del Código Penal cuando se faculta a su no imposición para el caso de un delito menos grave cometido por delincuente primario con poca peligrosidad y de la misma manera potestativa lo establece el Código Penal en el artículo 579.3 para los delitos de terrorismo.

Si atendemos a la regulación de la medida de seguridad post-delictual y post-penitenciaria de libertad vigilada de nuestro país, parece deducirse que sujetos peligrosos en nuestro país *ab initio* en su regulación de 2010 eran los delincuentes sexuales (artículo 192.1 C. P.) y los terroristas (artículo 579 bis 2). Habiéndose ampliado en 2015 a los delitos de homicidio (artículo 140 bis C. P.), lesiones con *víctimas del 173.2 C. P.* (artículo 156 ter C. P.) y maltrato habitual familiar (artículo 173.2 C. P. *in fine*). habida cuenta que a las personas imputables que cometen esas modalidades delictivas se les puede aplicar dicha medida de seguridad post-delictual con posterioridad al cumplimiento de su pena privativa de libertad, siempre y cuando persista en ellos peligrosidad criminal. e) 579.3

3) *Normativa penitenciaria.*

Sin pretensión de exhaustividad nos habla de peligrosidad en el respecto al régimen cerrado (artículo 10 L. O. 1/1979, de 26 de septiembre General penitenciaria (LOGP), 74, 91 R. D. 190/1996, de 9 de febrero, Reglamento Penitenciario (RP), al régimen de preventivos (artículo 96.3 RP), a su valoración en la realización de conducciones (artículo 38 RP), a la intensidad de las medidas de seguridad interior (artículo 65 RP), el artículo 102.3 del RP en relación con el artículo 10 de la LOGP nos indica los factores que tienen que ponderarse para

examinar la peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada que les hace merecedores del primer grado. En este artículo podemos distinguir notas definitorias del concepto de peligrosidad penitenciaria que podemos categorizar: 1) Factores criminológicos de la personalidad del delincuente en relación con su hoja histórico Criminal: «a) La naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial». 2 Tipología delictiva: «b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos», «c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas». 3. Y cuestiones eminentemente penitenciarias en cuanto a que pueden afectar a la seguridad del Centro Penitenciario como: d) Participación activa en motines, planes, agresiones físicas, amenazas o coacciones. e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo. f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

Ahora bien, ¿podemos y/o debemos limitar nuestra configuración como «peligrosos» a ese tipo de delincuentes? Tal y como veremos en el desarrollo de este trabajo, tenemos una serie de ideas preconcebidas sobre lo que es peligroso o no, y tal como mencionamos antes, va a depender de nuestra visión subjetiva de lo que consideramos peligroso o no y de la alarma social que se desate y magnifique por los medios de comunicación respecto de determinados delitos que se producen en nuestra comunidad (32).

Para Harrison (33) definir quién es un delincuente peligroso es muy difícil, y además, no ayuda que no sea un término médico o científico y tampoco que en ocasiones, esté unido a la anormalidad mental. Como ya hemos dicho, el sentimiento sobre la peligrosidad o no de

(32) ARMAZA ARMAZA, E. J., *op. cit.* «El tratamiento penal...», considera determinante para la puesta de relieve del tema de la peligrosidad que vivimos actualmente, por una parte la existencia de medios de comunicación de alcance mundial, la existencia de formas nuevas de respuesta a los delitos y que existe un gran interés por la efectiva protección de los bienes jurídicos más importantes en íntima relación con el desarrollo de los medios de comunicación de alcance mundial.

(33) *Op. cit.* HARRISON «Dangerousness...», p. 11.

alguien es muy subjetivo, yo puedo considerar un determinado grupo de persona como amenazante o peligroso y otra persona no.

A la hora de valorar la peligrosidad, tenemos que predecir si un agresor va a cometer de nuevo otro delito, si es peligroso para la sociedad, teniendo como criterio indicativo la comisión previa de un delito. Si bien no debemos olvidar que un problema fundamental de la predicción es que siempre se puede incurrir en dos posibles errores: o alguien que se piensa erróneamente que no es peligroso es liberado o alguien que ha sido diagnosticado como peligroso de manera equivocada permanece en prisión y cuando la ratio de reincidencia es baja, estadísticamente es más difícil predecir la conducta humana por lo que el riesgo de equivocarse aumenta (34).

Las prognosis posibles son las siguientes: Que se pronostique que va a reincidir y reincida (verdadero positivo), que se diga que va a reincidir y que no lo haga, que se realice la predicción de que no va a reincidir y sí lo haga y por último, que se diga que no va a reincidir y efectivamente no lo haga.

	Resultado	Resultado
Predicción	Reincidencia	No reincidencia
Reincidencia	Verdadero positivo	Falso positivo
No reincidencia	Falso negativo	Negativo verdadero

Tabla 1. Combinaciones entre posibles predicciones y posibles resultados.

1.2.3 LA VALORACIÓN DEL RIESGO DE PELIGROSIDAD

Cuando nos referimos a la valoración de riesgo podemos hacer referencia a las dos vías de un mismo camino en la dicotomía víctima/agresor, por una parte tendríamos el riesgo de victimización, es decir la probabilidad de sufrir el delito y por otra el riesgo de reiteración delictiva de un agresor sexual, que será lo que analicemos en este apartado.

Muy brevemente y en lo que se refiere a delincuencia sexual donde la víctima sea un menor, cuando la Policía conoce unos presuntos hechos de abuso/agresión sexual se realiza una valoración inicial del riesgo para la integridad del menor. Una vez determinada la posibilidad de riesgo futuro y/o certeza sobre los abusos sufridos, se traslada

(34) VAN ZYL SMIT, D., y SPENCER, J., *The European dimension to the release of sentenced Prisoners*, en N. PADFIELD, *Release from prison. European Policy and Practice*, Abingdon: Willan, 2010, pp 332-333.

al menor a un centro sanitario (35) y en caso de que exista riesgo de desamparo (36) (imaginemos que el agresor es un miembro de su familia o que existe convivencia) se le traslada a un centro de acogida de menores y ya una vez garantizada la seguridad del menor, se procede a investigar el caso.

Respecto a la valoración del riesgo de reiteración delictiva del delincuente haremos referencia a la valoración del riesgo y los métodos que tenemos para prever el riesgo futurible de reincidencia.

A) *Valoración del riesgo*

Como hemos visto, la Recomendación del Consejo de Ministros CM/Rec(2014)3 contiene una definición, de peligrosidad, y también de riesgo, el cual se define como la alta probabilidad de que se cometan futuros delitos muy graves, sexuales o violentos contra las personas. De igual forma, la Recomendación define la valoración o evaluación del riesgo como el proceso por el cual se entiende o estudia el riesgo. Se examina la naturaleza, gravedad y patrones o modelos de los crímenes, también se identifican las características de los delincuentes y las circunstancias que les rodean y proporciona elementos que contribuyan a la toma de decisiones y forma de actuar con los delincuentes con la finalidad de reducir el riesgo.

Por su parte, en lo que se refiere a nuestro Derecho, tenemos que tener en cuenta, de cara a la evaluación del riesgo, lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 456 a 485, y lo establecido respecto a la imputabilidad en el artículo 20 del Código Penal. El papel de los expertos en daño cerebral o alteraciones cognitivas,

(35) Sobre las exploraciones que se realizan por parte de los ginecólogos en los casos de agresiones sexuales y sus consecuencias clínicas *vide* CARRASCO RICO, S., *Vías de acceso sexual: Anatomo-fisiología y exploración. consecuencias clínicas*, en P. J. Pérez Jorge (Coord.), *Delitos contra la libertad sexual. Aspectos médico-legales y periciales* (pp. 31-42). Madrid: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Instituto de la Mujer, 1999, donde explica los procedimientos y cómo se realizan cuando la víctima es remitida por la Policía o por el Juzgado de Guardia en cooperación para la recogida de las pruebas periciales.

(36) Para el caso en que el menor sea trasladado a comisaría para protegerle, se anotará en el Libro Registro de Actuaciones con Menores e incapaces en situaciones de riesgo, en virtud de la Instrucción 2/2001, de 4 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad. También se anotan en este Libro las actuaciones policiales realizadas sobre incapaces independientemente de su edad o sobre infractores menores de 14 años, *vide* ANTON BARBERA, F., *Abusos y agresiones sexuales a menores: la intervención e investigación policial en el ámbito urbano*, en M. Lameiras, y E. Orts, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial* (pp. 227-250). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 242.

que serán personas especialistas en neurociencias (37), neuropsicólogos o psiquiatras, podrán proporcionar a los Juzgados y Tribunales las cuestiones relativas a su pericia respecto al daño cerebral y sus consecuencias no solo cognitivas, sino también sociales y en lo relativo a cuestiones emocionales y conductuales, tanto referentes al imputado como a la víctima (38).

B) *Métodos predictivos del riesgo.*

Los métodos predictivos del riesgo que se han utilizado o se utilizan son básicamente, el juicio clínico (estructurado o no estructurado) y los métodos actuariales. El futuro es por definición, algo desconocido, y aunque con métodos científicos podemos vislumbrar cuestiones del futuro cercano con bastante certidumbre (por ejemplo, cuestiones meteorológicas); prever lo que va a hacer una persona en un futuro es difícil, máxime cuando ni uno mismo sabe cómo va a reaccionar dentro de cinco minutos, más difícil es aún que otra persona prevea que otra va a cometer un acto violento en un futuro, aunque haya un acto previo violento.

El juicio clínico consiste en la apreciación por parte de un profesional de los datos preexistentes y de los obtenidos por el sujeto clínico que va a actuar de juez, mientras que en la valoración actuarial se elimina el sesgo humano y se sustituye por el estadístico que se elija (39). El uso de herramientas estadísticas o actuariales de valoración del riesgo podría dar una mayor claridad y por tanto, mejorar la valoración del riesgo futuro de un delincuente sexual.

2. APROXIMACIONES A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS

Las aproximaciones básicas que se han realizado para predecir los riesgos son los modelos actuariales y los acercamientos clínicos estructurados. Esta ha sido la distinción realizada durante más de

(37) Con neurociencias aludimos a las disciplinas que estudian «el desarrollo, estructura, función, farmacología y patología del sistema nervioso» *vide* MORA, F., SANGUINETTI, A. M., *Diccionario de neurociencia*, Madrid: Alianza Editorial, 2004, p. 173.

(38) NAHARRO, M., SOLER, J., y FALCONE, D., *El rol del neuropsicólogo forense en los tribunales*. en A. Jarne, y A. Aliaga, *Manual de neuropsicología forense. De la clínica a los tribunales* (pp. 13-45). Barcelona: Herder, 2010, p. 44.

(39) JANUS, E., y PRENTKY, R., «Forensic use of actuarial risk assessment with sexual offenders: Accuracy, admissibility and accountability», *The American Criminal Law Review*, 2003, 40(4), 1443-1499, p. 1453.

cincuenta años y se ha venido concluyendo, como ya veremos, que el método actuarial es el que tiene una mayor ventaja como validez predictiva (40).

Sin embargo, la futura peligrosidad de un individuo es muy difícil o imposible de predecir: se ha llegado a decir, como veremos después, que los instrumentos que se utilizan, tan apenas nos proporcionan una seguridad mayor de un 50% de probabilidades de acertar. La prestigiosa *American Psychiatric Association* tiene como postura oficial que no se puede confiar en las predicciones sobre peligrosidad futura (41).

Más preocupante es todavía un estudio que se realizó en Texas por parte del *Texas Defender Service* (42) (2004), respecto a las predicciones realizadas por expertos psiquiatras. En este estudio se revisaron 155 casos en los que la Fiscalía utilizó expertos para predecir una futura peligrosidad del acusado y se estableció que alrededor del 95% de las predicciones de peligrosidad futura realizada por peritos psiquiatras estaban equivocadas.

(40) MONAHAN, J., *Structured risk assessment of violence*, en R. I. Simon, *Textbook of violence assessment and management*, London: American Psychiatric Publishing Inc, 2010, p. 17.

(41) Cfr. Fisher, J., *Presenting neuropsychological findings, opinions, and testimony to the criminal court*, en R. Denney, & J. Sullivan, *Clinical neuropsychology in the criminal forensic setting* (pp. 349-390). New York: The Guilford Press, 2008. La *American Psychiatric Association* mantiene además, que estas periciales no deberían admitirse en juicios donde la pena capital está en juego.

(42) El *Texas Defender Service* es una organización sin ánimo de lucro que lleva operando desde 1995 y está configurada por abogados de Texas especializados en pena de muerte y que tiene la finalidad de lograr un sistema de justicia penal más justo). Texas reestableció la pena de muerte en 1976 y es responsable de más de un 35% de todas las ejecuciones de EE. UU. Pensemos que Texas es uno de los dos estados de EE. UU., junto con Oregón en el que el hecho de establecer una peligrosidad futura, es un requisito previo para que se imponga la pena capital (o no) al acusado, con lo que el perito tiene, literalmente, la vida del acusado en sus manos. De los 155 reclusos que fueron objeto del estudio, sólo 8 de ellos (un 5%) tuvieron un comportamiento violento grave, 31 internos (20%) no tuvieron ninguna conducta que pudiera ser sancionada disciplinariamente y el resto (75%), sí cometió alguna infracción de disciplina de tipo leve. Ahora bien, el estudio adolece a nuestro juicio, de algunos sesgos como el de comparar cuestiones distintas porque la peligrosidad enjuiciada varía de unas conductas a otras. No es lo mismo enjuiciar el carácter de peligroso de atentar contra la disciplina en un entorno carcelario, con otros internos y guardas que en la vida real. Pensemos en que en el caso de delincuentes sexuales reincidentes contra menores, éstos carecerían de su objeto de deseo en prisión y posiblemente formarían parte de ese 20% que tendría un comportamiento idílico en prisión. Cfr. TEXAS DEFENDER SERVICE, *Deadly speculation. Misleading Texas Capital Juries with false predictions of future dangerousness*, Houston: Texas Defender Service, 2004, Recuperado el 6 de mayo de 2017 de http://texasdefender.org/wp-content/uploads/TDS_Deadly-Speculation.pdf, pp. 12-14.

2.1 El juicio clínico

Los juicios clínicos o juicios de riesgo de violencia futura desestructurados se basan en el juicio subjetivo de profesionales que realizan juicios predictivos, generalmente psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, que realizan sus pronósticos en base a su experiencia y su orientación teórica. Se combinan los factores de riesgo de forma holística e intuitiva para generar una opinión sobre el riesgo futuro de comisión de hechos delictivos que puede generar un individuo. En el juicio clínico, se le realiza al sujeto presuntamente peligroso una entrevista de carácter predominantemente clínico por parte de un perito especialista quien, además de examinar su expediente, antecedentes penales y otros informes que consten en el expediente o en los autos y, después de formarse una opinión clínica, elabora una prognosis sobre el futuro comportamiento criminal del individuo, si a su juicio volverá a delinquir o no (43). Son los más utilizados en toda Europa, casi de forma exclusiva (44). Es el más frecuente pero, al no seguir normas fijas es eminentemente discrecional para el perito que enjuicia en asunto, por lo que su fiabilidad interjueces es baja (45).

Este tipo de juicios, según las investigaciones realizadas por Monahan (46), es bastante negativa, ya que se ha concluido que de entre aquellas personas que se consideran como peligrosos por parte de los profesionales, se ha determinado que entre un 54% y un 99% son falsos positivos, es decir, personas que no cometieron un acto violento posteriormente. Levenson y Morin mantienen que, habida cuenta de la poca validez de los métodos de juicio clínico en la predicción del comportamiento humano, su uso no sería ético, al disponer de métodos más precisos para su valoración (47).

Existen serias críticas respecto a los juicios clínicos: los expertos distan mucho de ser perfectos, porque como personas que son, tienen muchos sesgos que pueden hacer que tomen decisiones basadas en el miedo o en los prejuicios, por ejemplo; ni los modelos actuariales o estadísticos son tampoco la panacea. Las posibilidades de fallar están

(43) SETO, M., *Pedophilia and sexual offending against children: Theory, assessment, and intervention*, Washington: American Psychological Association, 2008, p. 145.

(44) PADFIELD, N., «The sentencing, management and treatment...», p. 7.

(45) ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., «Valoración del riesgo de violencia...».

(46) *Vide* MONAHAN, J., «Structured risk assessment...», p. 19.

(47) LEVENSON, J., y MORIN, J., «Factors Predicting Selection of Sexually Violent Predators for Civil Commitment». *Int J Offender Ther Comp Criminol*, 2006, 50(6), pp. 609-629.

en torno al 40-50% (casi lo mismo si queremos hacer una predicción de si saldrá cara o cruz cuando tiramos una moneda) (48). A este respecto, Monahan (49) señala dos estudios realizados sobre la validez de las predicciones de juicio clínico y en uno de ellos se halló que solo el 39% de los acusados que tenían un riesgo de reiteración delictiva medio-alto, delinquiró en los dos años siguientes, mientras que de los catalogados como riesgo bajo delinquiró un 26%. Respecto al otro estudio al que Monahan hace alusión, los pacientes que se había predicho un riesgo alto de reincidencia, delinquiró uno de cada dos y en los de riesgo bajo o sin riesgo de reincidencia, cometió un acto delictivo violento uno de cada tres.

En nuestro país, la peritación médico legal del estado peligroso debería estar atribuida al médico forense, por ser un profesional de la medicina con amplios conocimientos de psiquiatría (especializado *de facto*, pues solo alguno de los médicos forenses de nuestro país es psiquiatra) y que podría ser ampliable a los psicólogos forenses dependientes de los institutos médico legales de nuestro país. Según Villanueva y Valenzuela (50) al ser el término peligroso tan ambiguo y lo difícil de la predicción del comportamiento humano, la atribución de peligrosidad a un sujeto se suele determinar por medio de la clasificación tipológica, acotando aquéllos sujetos cuyos rasgos se presentan con más frecuencia en sujetos peligrosos en contraposición de los que tienen las personas «normales». Las valoraciones irán referidas a: la nocividad del acto (respecto al daño causado con el acto y donde se valorarán la agresividad y la indiferencia afectiva) y a la inintimidabilidad, considerada como la ausencia de frenos del sujeto y donde se evaluará su egocentrismo y su labilidad afectiva. También se valorará la (in)adaptación

(48) En literatura científica más antigua, se defiende la valoración del juicio clínico con preferencia a los métodos estadísticos, a pesar de que tanto el juicio clínico como en los métodos estadísticos de valoración de la peligrosidad se generan un gran número de errores denominados falsos positivos (es decir, etiquetar a alguien como peligroso sin que se demuestre después que lo es) *vide* COHEN, M., GROTH, A., y SIEGEL, R., «The clinical prediction...». Los avances en los métodos estadísticos o actuariales que han quedado acreditados en numerosos estudios científicos, nos tienen que hacer entender ambos como complementarios y necesarios. Siempre va a existir un juicio clínico, siempre va a haber una persona que evalúe y vuelque en cierto modo todo su saber, en el momento de pasar los test, y de igual forma, los resultados de dichos programas también van a ser interpretados por personas.

(49) MONAHAN, J., «A Jurisprudence of Risk Assessment: Forecasting Harm among Prisoners, Predators, and patients». *Virginia Law Review*, 2006, 92(3), pp. 391-435.

(50) VILLANUEVA CAÑADAS, E., VALENZUELA A., «La prognosis criminal...», p. 1089.

social del sujeto y será de ambas valoraciones de donde resulte la tipología (siempre aproximada) del sujeto peligroso:

Capacidad criminal	Adaptabilidad social	Resultado
Alta	Muy alta	Estado peligroso grave (delincuencia económica) (51) También delincuente psicópata de cuello blanco o normalizado.
Alta	Media-Baja	Criminales profesionales
Baja	Muy baja	Estado peligroso menos grave pero marginal (posible mayor riesgo de comisión de delitos)
Baja	Alta	Delincuente ocasional o pasional

Tabla 2. Obtenida de Gisbert Calabuig (2005) y modificada por nosotros

El procedimiento de valoración forense se basará en un examen médico-psicológico donde se realizará una exploración psiquiátrica que valorará, por medio de una entrevista, las claves biográficas relevantes para el análisis psicológico (anamnesis), un examen psicopatológico referido al sujeto examinado, sus antecedentes familiares, un posible consumo de tóxicos y también se estudiará su actitud ante las normas. También se le pueden realizar prospecciones psicométricas a través de baterías de tests para explorar los rasgos que nos interesen, como inteligencia, personalidad, impulsividad, agresividad o ansiedad. Además, sería recomendable contrastar la información adquirida con las circunstancias familiares, sociales y personales del sujeto peritado, pero ello no suele ser posible, ya que el peritaje se fundamenta básicamente en la entrevista con el paciente y en informaciones complementarias que pueden hallarse en los autos judiciales o provenir de otras administraciones (52).

En opinión de Padfield (53) en primer lugar, hay que clarificar quién es un experto en la evaluación de la peligrosidad y si un psiquiatra está más cualificado que cualquier otra persona para predecir la peligrosidad, en principio porque el propio concepto de peligrosidad

(51) Como hemos visto, precisamente a estos sujetos, de acuerdo con nuestra definición de peligrosidad, no serían sujetos peligrosos, al no poder individualizar el daño. Además, a estas personas no les sería de aplicación, puesto que no lo necesitarían por estar adaptadas, la orientación de la pena a la reinserción social ya que su capacidad de adaptación sería altísima y por tanto el daño, a nivel social, sería y es enorme.

(52) GISBERT CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y toxicología*, Barcelona: Masson, S. A., 2005.

(53) PADFIELD, N., «The sentencing, management and treatment...» p. 7.

será básicamente una etiqueta política y flexible. En segundo lugar, la autora de igual forma indica que, estos peritos deberán ser independientes y las personas afectadas tendrán derecho a acceder a informes independientes y expertos, y además; en tercer lugar que las evaluaciones que se realicen, al ser el tema eminentemente subjetivo, habrán de ser cautelosas y los jueces u otras instituciones que utilicen estos informes deberán ser advertidas de las debilidades inherentes a cualquier predicción de futuro que se realice por parte de un perito.

Según Rodríguez y colaboradores (54) la mejor forma de obtener predicciones acertadas es combinando variables psicológicas y comportamentales, o también de variables actuariales y no sólo con el juicio clínico de manera única.

2.2 Juicio clínico estructurado

En el juicio clínico estructurado tenemos al perito o especialista clínico de que se trate, que a su vez está en posesión del expediente o de los autos judiciales, pero que usa una guía de los factores de riesgo a evaluar, tanto estructurados como no estructurados, es decir, tanto que se hayan comprobado empíricamente como que se deban a un «ojo clínico» por parte del perito. Para Andrés Pueyo y Echeburúa (55) es la mejor técnica para prevenir la delincuencia porque evitan sesgos u olvidos del evaluador y consideran que no se puede prescindir del evaluador a quien sí ayudaran estas herramientas a tomar una decisión.

Como ya hemos dicho, estos métodos se usan a modo de guía donde apoyarse para profesionales clínicos, pero no establecen cómo hay que medir o considerar las variables, eso quedará al arbitrio del profesional. Los métodos clínicos estructurados son: PCL-R, PCL-SV, HCR-20, SVR-20, MnSOST, HCR-20, SRA y MMPI-2 (56).

Según Monahan (57), el juicio predictivo del riesgo de peligrosidad ha tenido tres componentes: la selección y medición de los factores de riesgo, su combinación y por último, generar una estimación final del riesgo existente.

(54) RODRÍGUEZ, A., LÓPEZ, J., y PUEYO, A., «Personalidad y comportamiento penitenciario», *Psicothema*, 2002, 14 (supl), 90-100.

(55) ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., «Valoración del riesgo de violencia...», p. 408.

(56) TIFFON NONIS, B.-N., *Manual de actuación profesional en Psicopatología clínica, criminal y forense*, Barcelona: Librería Bosch, 2009.

(57) *Op. cit.* MONAHAN, J., «Structured risk assessment...», p. 20.

Estos instrumentos no han sido diseñados para personas con daño cerebral, por lo que no están validados para personas que lo hayan sufrido y hayan tenido un comportamiento violento que pueda inferirse sea consecuencia del daño cerebral (58).

Los más comunes son el HCR-20 y el VRS (*Violence Risk Scale*) que son los que vamos a examinar con más detalle.

2.2.1 EL HCR-20

Es el instrumento más usado y mejor investigado de los instrumentos de evaluación clínicos. El nombre de HRC-20 tiene su origen en que sus 20 variables (de ahí el número 20) se dirigen a tratar factores Históricos, Clínicos y de Riesgo. Fue desarrollado en el año 1995 y revisado en el año 1997 para ayudar a los asesores a estructurar sus evaluaciones para asegurar la comprensión al reforzar la consideración de los factores de riesgo operacionales sustentados empíricamente (59).

Consta de 20 ítems, diez de ellos son de índole histórica: 1) violencia previa, 2) con edad juvenil en el primer incidente violento, 3) inestabilidad en las relaciones, 4) problemas de trabajo 5) abuso de sustancias, 6) enfermedad mental grave, 7) psicopatía, 8) desajuste temprano en casa, colegio o comunidad antes de los 17 años de edad, 9) desorden de personalidad, 10) fallo en supervisiones previas (Monahan, 2010, pág. 33) y reflejan el ajuste psicosocial de la persona y su historial de violencia. Otros cinco ítems son de naturaleza clínica en la que se refieren observaciones de funcionamiento personal reciente y que son: 11) ausencia de introspección personal, reacciones y autoconocimiento, 12) actitudes negativas, 13) síntomas activos de enfermedades mentales, 14) impulsividad, 15) falta de respuesta al tratamiento. Los cinco siguientes factores de *management* o gestión, evalúan las opiniones del evaluador respecto a cómo se adecuan los planes de la persona y su capacidad de llevarlos a cabo así como la integración comunitaria e institucional y son: 16) Falta de adecuación de los planes, 17) exposición a desestabilizadores; se refiere a situaciones en las que se expone al sujeto a condiciones en las que el sujeto es vulnerable y pueden activarse situaciones violentas, 18) falta de apoyo personal, 19) incumplimiento del tratamiento (medicación u otros regímenes terapéuticos) y 20) estrés.

(58) DRESNER, R., y GUTIÉRREZ, O., «Los trastornos de comportamiento y cambios permanentes en la personalidad», en A. Jarne, y Á. Aliaga, *Manual de neuropsicología forense* (pp. 117-158), Barcelona: Herder, 2010.

(59) Vide MONAHAN, J., «Structured risk assessment...» pp. 19-21.

En la práctica, los evaluadores determinan la presencia de los veinte factores de riesgo y establecen la proporción de su presencia en una escala de tres puntos (60). La administración del HCR-20 ha resultado tener unos niveles altos de acuerdo, ya que ha sido validada en varios países con respecto a delincuentes con desórdenes de la personalidad tanto en pacientes forenses como psiquiátricos. Tiene en cuenta tanto variables estáticas como dinámicas e incluye el constructo de psicopatía dentro de la escala histórica. Se pueden sumar los ítems pero no hay unas guías fijas respecto a su combinación para llegar a un juicio global (pág. 20).

Historico (Pasado)	Clinico (Presente)	Gestión del riesgo (futuro)
H1 Violencia previa.	C1 Falta de comprensión profunda.	R1 Planes inviables.
H2 Edad temprana en el primer incidente violento.	C2 Actitudes negativas.	R2 Exposición a factores desestabilizantes.
H3 Relación inestable.	C3 Síntomas activos de enfermedad mental severa.	R3 Falta de apoyo personal.
H4 Problemas en el trabajo.	C4 Impulsividad.	R4 Incumplimiento de intentos de tratamiento.
H5 Problemas de abuso de sustancias.	C5 falta de respuesta al tratamiento.	R5 Estrés.
H6 Enfermedad mental severa.		
H7 psicopatía		
H8 Desajustes tempranos		
H9 Trastorno de la personalidad.		
H10 Fracaso previo en la supervisión.		

Tabla 3. Adaptado de Webster, Douglas, y Eaves (1997, pág. 11)

Cuando se está realizando el HCR-20, se entrevista de manera detallada a la persona. La finalidad es conocerle en profundidad, pero

(60) La escala se establece con una puntuación de tres puntos, 0 equivale a que éste no se da o no procede, un 1 indica quizás y una puntuación de 2 equivale a que sí se da. Vide MONAHAN, J., «Structured risk assessment...», p. 22. Además, Webster y colaboradores, señalan que su omisión significará que se desconoce, por no existir suficiente información que nos permita adoptar una decisión sobre si es ítem se da o no. Vide WEBSTER, C., DOUGLAS, K., y EAVES, D., *HCR-20: assessing risk for violence (version 2)*. Vancouver: Mental Health Law and Policy Institute, Simon Fraser University, 1997.

también de buscar contradicciones entre lo que se sabe de esa persona a través de la información documental que se tiene de psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, policías, fiscales, enfermeras y otros profesionales, y el juicio probabilístico de violencia futura que el profesional está realizando (61).

La clasificación del riesgo violento, (con sus siglas en inglés COVR), *Clasificación of Violence Risk*, es el primer software de gestión de riesgo de violencia, fue creado en 2005 y proporciona al evaluador una serie de posibilidades y tras una entrevista de diez minutos con el paciente posiciona al paciente potencialmente peligroso en una de cinco categorías dependiendo del posible riesgo. Estos oscilan desde un 1% de probabilidad de violencia a un 26% en la categoría intermedia y un 76% en la categoría más alta (62).

Respecto a la necesidad de asesorar el riesgo potencial de violencia a corto plazo, se realiza por parte de los psiquiatras de manera análoga al de potencial suicida, tanto respecto al sujeto potencialmente peligroso (generalmente un enfermo), como a través de entrevistas con su familia, policía u otras personas que puedan tener información, así como del examen de documentos existentes con el fin de evitar que el sujeto (o paciente) minimice su peligrosidad. Este corto plazo en el que podemos determinar la aparición de un comportamiento violento es importante. Y esa importancia va más allá de una cuestión clínica de ingreso o salida del hospital como mantiene Tardiff (63), sino que (más allá del paciente psiquiátrico al que el autor como profesional médico se refiere), podría ser aplicable, con las debidas cautelas y adaptaciones, a) en el ámbito judicial, de cara a asesorar sobre una necesidad de adoptar medidas cautelares, b) poli-

(61) Los autores que han elaborado el manual de manejo del HCR-20 mantienen que, generalmente, el examen de los documentos, la entrevista y el test serán suficientes para completar el HCR-20, pero que en ocasiones será útil consultar a otros colegas o profesionales e incluso con víctimas y añadir que se ha hecho uso de estas fuentes en su informe final. *Vide op. cit.* WEBSTER, C., DOUGLAS, K., y EAVES, D., «HCR-20: assessing risk for violence...», pp. 16-7.

(62) Monahan es uno de los propietarios de este software que se desarrolló a partir de la información que generó el *MacArthur Violence Risk Assessment Study* que estudió a más de 1.000 pacientes psiquiátricos y en el que se descubrieron 134 factores de riesgo potenciales, con un seguimiento durante 20 semanas después de ser puestos en libertad. Para el autor, este software es útil para informar sobre la peligrosidad, pero no para reemplazar el juicio clínico, puesto que éste puede detectar factores importantes que por extraños, no se hallan recogidos en el instrumento informático, *vide* MONAHAN, J., «Structured risk assessment...».

(63) TARDIFF, K., «Clinical risk assessment of violence». En R. Simon, & K. Tardiff, *Textbook of violence assessment and management*. London, American Psychiatric Publishing, Inc. 2010, p. 13.

cial, a los efectos de determinar un riesgo en concreto por ejemplo en las evaluaciones de riesgo de violencia de género o c) penitenciario para concretar sobre la oportunidad o no de la concesión de un permiso penitenciario o incluso una promoción de grado en el tratamiento penitenciario o la libertad condicional.

Tardiff (64) presenta un modelo que describe diez factores a evaluar para determinar si existe un riesgo de violencia a corto plazo: 1. Apariencia del paciente (los cambios de su comportamiento, pupilas dilatadas, temblores u otros signos). 2. Presencia de ideaciones violentas y grado de su formulación y/o planificación. 3. Intentos de ser violento (más allá de los pensamientos). 4. Medios disponibles para dañar y posible acceso a la víctima en potencia. 5. Historial pasado de violencia y otros comportamientos impulsivos. 6. Alcoholismo o drogadicción, ya que estas adicciones pueden exacerbar las psicopatologías en desórdenes psiquiátricos, tanto en el momento de su intoxicación (desinhibición) como en el de la retirada de la droga o el alcohol. 7. Existencia de psicosis: la psicosis es un síntoma que se puede encontrar en enfermos con esquizofrenia, desorden delusional, abuso de sustancias, desórdenes neurológicos y trastornos del estado de ánimo, especialmente manía. 8. Existencia de algún desorden de la personalidad. Los desórdenes de la personalidad van unidos a los hechos violentos, las personas que los padecen no tienen remordimientos por esos hechos y parece que se merecen ser golpeados. 9. Historial de incumplimiento del tratamiento. 10. Características demográficas y socioeconómicas. Por ejemplo, las personas jóvenes tienen un mayor riesgo de violencia, al igual que las personas procedentes de ambientes de pobreza o familias desestructuradas en las que la falta de control social puede hacer aceptable la violencia como un medio de consecución de objetivos.

2.2.2 LA ESCALA DE RIESGO DE VIOLENCIA, SEGUNDA EDICIÓN, (THE VIOLENCE RISK SCALE: 2ND EDITION) (VRS-2)

Cuando hablamos de la escala de riesgo de violencia en su segunda edición, hablamos de un instrumento de medida con 26 ítems que desarrollaron en Canadá como instrumento de evaluación del riesgo y también como instrumento de gestión. Se desarrolló pensando en su utilización en centros psiquiátricos de internamiento canadienses con

(64) *Op. cit.* TARDIFF, K., «Clinical risk assessment of violence...», pp. 5-13.

la finalidad de determinar los objetivos de tratamiento para personas con un estilo de vida violento (65).

De los 26 ítems, 6 son estáticos y se refieren a comportamientos delictivos pasados que están relacionados con el riesgo de reincidencia en delitos violentos y son: edad actual, edad en el momento de la primer condena por acto violento, número de condenas en edad juvenil, violencia durante su vida, fallos previos en su liberación o fugas, estabilidad de la familia de origen. Respecto a los 20 ítems restantes de carácter dinámico (66), pueden ser modificados con tratamiento y se refieren a características personales, estilo de vida, actitudes y son: estilo de vida violento, personalidad criminal, actitudes delictivas, ética laboral, cómplices, delitos contra las personas, control emocional, violencia durante la encarcelación, uso de armas, internalización en la causa de la violencia, enfermedad mental, adicción a drogas, existencia de relaciones estables, apoyo social, liberación en situaciones de alto riesgo, ciclo de la violencia, impulsividad, distorsión cognitiva, cumplimiento con supervisión, nivel de seguridad de la liberación (67).

2.2.3 EL SEXUAL VIOLENCE RISK-20

El Sexual Violence Risk-20 (SVR-20) es un protocolo diseñado para la evaluación del riesgo de violencia sexual de delincuentes sexuales adultos y se trata de un procedimiento de evaluación específico basado en el juicio profesional estructurado (68). Este instrumento ha sido validado para los contextos penitenciarios español y latino por el Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Universidad de Barcelona y de manera previa se realizó un estudio piloto que

(65) Mairead y colaboradores investigaron sobre la aplicabilidad del VRS-2 en pacientes psiquiátricos en Reino Unido y encontraron que tenía buenos niveles predictivos de violencia en enfermos mentales ingresados en centros de media seguridad, pero que debían hacerse estudios posteriores a fin de validar el instrumento para incorporarlo en la práctica clínica rutinaria; *vide* MAIREAD, D., FULLAM, R., LOGAN, C., y DAVIES, G., «The Violence Risk Scale second edition (VRS-2) as a predictor of institutional violence in a British forensic inpatient sample». *Psychiatry Research* (158), 2006 55-65, p. 56.

(66) La evaluación va puntuada del 0 al 3 y respecto de los factores estáticos se basa en los criterios de puntuación/valoración fijados con anterioridad y en los dinámicos, se asigna un 0 cuando no concurren las características y un 3 cuando se dan plenamente.

(67) DOLAN, M., FULLHAM, R., LOGAN, C., y DAVIES, G. (2008). «The Violence Risk Scale Second Edition (VRS-2) as a predictor of institutional violence in a British forensic inpatient sample». *Psychiatry Research* (158), 2008, pp. 55-65.

(68) PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTÍNEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., y ANDRÉS PUEYO, A., «Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales». *Psicothema* (Vol. 20, n.º 2), 2008, 205-210, p. 206.

arrojó como conclusión que el SVR-20 posee una buena validez predictiva sobre el riesgo de reincidencia sexual (69).

El protocolo del SVR-20 se distribuye en 20 ítems dentro de 3 grupos: funcionamiento psicosocial, delitos sexuales y planes de futuro. En cuanto al bloque relativo al funcionamiento psicosocial los ítems son los siguientes: 1. Desviación sexual. 2. Víctima de abuso en la infancia. 3. Psicopatía, 4. Trastorno mental grave. 5. Problemas relacionados con el consumo de sustancias tóxicas, 6. Ideación suicida/homicida, 7. Problemas interpersonales. 8. Problemas laborales. 9. Antecedentes de delitos violentos no sexuales. 10. Antecedentes de delitos no violentos. 11. Fracaso en las medidas de supervisión previas. Respecto al bloque de delitos sexuales: 12. Frecuencia elevada de delitos sexuales. 13. Tipología múltiple de delitos sexuales. 14. Daño físico a la víctima de los delitos sexuales. 15. Uso de armas o amenazas de muerte en los delitos sexuales. 16. Progresión en la frecuencia y gravedad de los delitos sexuales. 17. Minimización extrema o negación de los delitos sexuales. 18. Actitudes que apoyan o toleran los delitos sexuales. En cuanto al tercer bloque de planes de futuro tendríamos dos ítems: 19. Falta de planes realistas/viables. 20. Actitud negativa hacia la intervención (70).

2.3 Los modelos actuariales más utilizados en violencia sexual

Si entendemos por peligrosidad como Steadman (71) la «estimación probabilística de que algo ocurra» parece adecuado que para valorarla se realice una estimación probabilística y eso se hará efectuando un cálculo de probabilidades.

Cuando hablamos de un modelo actuarial nos referimos a un «método que utiliza la estadística y el cálculo de probabilidades en el estudio de cuestiones referidas a la previsión social. En psicología, los métodos actuariales han sido utilizados para establecer pronósticos en campos tales como la aparición o la evolución de perturbaciones en la

(69) REDONDO, I. S., PÉREZ, M., y MARTÍNEZ, M., «El riesgo de reincidencia en agresores: Investigación básica y valoración mediante el SVR-20». *Papeles del psicólogo*, 28 (3), 2007.

(70) *Op. cit.* PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTÍNEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., y ANDRÉS PUEYO, A., «Predicción de riesgo de reincidencia...», p. 207. *Op. cit.* REDONDO, I. S., PÉREZ, M., y MARTÍNEZ, M., «El riesgo de reincidencia en agresores...».

(71) Citado en DRESNER, R., y GUTIÉRREZ, O., «Los trastornos de comportamiento...».

conducta y el fracaso escolar» entre otros ámbitos (72) además del de peligrosidad, que es el que nos ocupa.

La mayor parte de los estados de EE. UU. usan estos instrumentos actuariales de valoración del riesgo para delincuentes sexuales en algún momento durante su supervisión (73). Ahora bien, los instrumentos estadísticos tienen que ser sopesados junto con un juicio clínico y valorar de manera integrada los elementos estáticos y dinámicos (74).

Estos modelos adoptan decisiones en base a algoritmos utilizados tras los hallazgos de investigaciones realizadas. Así que el riesgo se calcula matemáticamente incluyendo únicamente variables que se han considerado en el modelo. Los modelos actuariales desarrollados son: el VRAG, el SORAG, RRASOR, STATIC-99 (75) e ICT (76).

Las herramientas de evaluación del riesgo STATIC-99, RRASOR y el *Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised* se basan principalmente en factores de riesgo denominados estáticos (o inalterables) y aunque tengan limitaciones, podemos afirmar que son más dignas de confianza que el mero juicio clínico. Por tanto, podríamos considerar contrario a la ética quedarnos anclados en el juicio clínico cuando está comprobado de manera empírica que los métodos estadísticos son más exactos. Al respecto de esta exactitud, y en lo que se refiere a la predicción de reincidencia en delitos sexuales, el juicio clínico tiene una predicción de $r=0.40$ mientras que los métodos estadísticos los tienen de $r=0.60$. Otras variables que los evaluadores pueden tener en cuenta, además como predictores fuertes de reincidencia en violencia sexual son: crímenes sexuales previos, fracaso en el tratamiento previo y que estemos ante un autor del delito con personalidad psicopática. Como elementos dinámicos (77) que pueden

(72) MORENO ROSSET, C. (Ed.), *Evaluación psicológica. Concepto, proceso y aplicación en las áreas del desarrollo y de la inteligencia*, Madrid: Editorial Sanz y Torres S. L., 2005, página 186.

(73) STOREY, J., WATT, K., JACKSON, K., y HART, S., *Utilization and Implications...*, p. 4.

(74) ANSBRO, M., «The Nuts and Bolts of Risk Assessment: When the Clinical and Actuarial Conflict». *The Howard Journal of Criminal Justice*, 49(3), 2010, pp. 252-268.

(75) En el estado de Florida las herramientas de evaluación del riesgo más utilizadas son el STATIC-99, RRASOR y el *Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised*, vide LEVENSON, J., y MORIN, J., «Factors Predicting Selection...», pp. 611-3.

(76) *Op. cit.* TIFFON NONIS, B.-N., «Manual de actuación profesional en Psicopatología...».

(77) Las últimas investigaciones señalan que las evaluaciones de riesgo mejorarían mucho si avanzáramos en la comprensión de las pruebas que rodean a los factores dinámicos vide ANSBRO, M., «The Nuts and Bolts of Risk Assessment», p. 266 y PADFIELD, N., «The sentencing, management and treatment...», p. 9.

modificar el nivel de riesgo podemos mencionar entre otros: el tener acceso a las víctimas, carecer de soporte social o poseer influencias sociales negativas, preocupaciones sexuales, actitudes tolerantes hacia la agresión sexual y/o estrategias de autogestión pobres, así como y falta de cooperación con tipos de supervisión diferentes. Sin embargo otras variables que a nivel intuitivo podríamos pensar que sí están relacionadas con una posible reiteración delictiva como: el número y la edad de las víctimas, el abuso de sustancias y la no asunción de haber cometido un delito, entre otras, no ha sido científicamente establecido (78).

A este respecto, Ansbro realizó una investigación en un pequeño grupo de evaluación del riesgo en el que la información que proporcionaban los programas actuariales discrepaba del juicio clínico. Los resultados de esta investigación ponían de manifiesto que los peritos se sentían más dispuestos a usar su propio criterio contradiciendo la información actuarial que indicaba riesgo bajo, que cuando este era alto, confirmándose de esta forma el principio de precaución. Además se constató que se evitaba asumir la reducción del riesgo de delincuentes sexuales aun cuando había evidencias para ello, y ocurría lo contrario con delincuentes no sexuales, a los que se reducía el riesgo con pruebas endebles y contra el criterio actuarial (79).

Los sistemas actuariales se utilizan mucho en medicina respecto a probabilidades de vida en determinadas enfermedades como el cáncer y también en lo referente a los seguros de vida por ejemplo, ahora bien tenemos que pensar que se realizan con muchísimos datos y como sabemos en estadística, a mayor tamaño de la muestra, hay una mayor precisión de las predicciones futuras, sin embargo en lo que respecta a la criminalidad se podrían establecer predicciones adecuadas para la criminalidad menos grave para la que hay muchos casos que se pueden tabular, pero no para la delincuencia grave o muy grave, de la que afortunadamente hay pocos supuestos, por lo que las probabilidades de falsos positivos (establecer como muy probable que esa persona sea peligrosa y luego no lo sea) son muy

(78) LEVENSON, J., y MORIN, J. consideran que a la hora de evaluar y posteriormente recomendar el *civil commitment*, el juicio de clínico de los peritos expertos puede estar viciado por esos miedos y esas creencias y miedos, así como factores demográficos (raza, clase social...) que puedan hacerle recomendar el internamiento cuando no ha sido acreditado de forma científica que esas variables puedan hacer más probable la reincidencia de esos delincuentes peligrosos *vide* LEVENSON, J., y MORIN, J., «Factors Predicting Selection...».

(79) *Vide op. cit.* ANSBRO, M., «The Nuts and Bolts of Risk Assessment...».

altas. Siguiendo a Harcourt (80) tenemos que decir que el hecho de que se adjudique una determinada prima en un seguro de vida no va a afectar, a las probabilidades de morir, mientras que decretar que no se va a conceder un permiso, o una libertad condicional o se le va a aplicar una medida postpenitenciaria en atención a esa peligrosidad, cambiará la forma de comportarse de esa persona y cómo es considerado en la sociedad, por lo que sí afectará a la probabilidad de reincidencia de dicha persona. Además del que Harcourt menciona como *ratchet effect*, que no es otro que al definir como peligrosos, mediante los métodos estadísticos a un determinado perfil de personas, la vigilancia sobre ellas aumentará y por tanto, se detectarán más casos, por lo que estaremos ante una profecía autocumplida en sus propios términos.

2.3.1 LA VIOLENCE RISK APPRAISAL GUIDE O GUÍA PARA LA ESTIMACIÓN DEL RIESGO VIOLENTO

El modelo actuarial que más se utiliza es el *Violence Risk Appraisal Guide* (En adelante VRAG) o en español la Guía para la evaluación del riesgo de violencia (81).

Fue desarrollada en los años 90 por Quinsey y sus colaboradores (82). El VRAG se desarrolló usando una cohorte de pacientes internados en el Penetanguishene Mental Health Centre entre 1965 y 1980. El seguimiento de los datos referentes al comportamiento agresivo se recolectó de los archivos de la Policía Montada del Canadá. Lo que se hizo fue revisar los datos hospitalarios, codificando las variables relevantes y determinando estadísticamente esas variables con el comportamiento agresivo. De las mismas se demostraron relaciones estables con las muestra, en doce de la variables y se mantuvieron en base a criterios estadísticos. Estas incluían la puntuación obtenida en la lista de variables psicopáticas de HARE, edad, grado de heridas de la víctima e historial de abuso de alcohol. En la práctica, se aplica un algoritmo para determinar la puntuación individual en las doce variables. La puntuación global se utiliza para asignar a los individuos a una de las nueve categorías de riesgo establecidas (cada una de esas categorías se asocia con una probabilidad

(80) HARCOURT, B. E., *Against prediction, profiling, policing and punishing in actuarial age*, Chicago: University of Chicago Press, 2007, pp. 185-6.

(81) DAFFERN, M., «Risk assessment for aggressive behavior in personality disorder», p. 18.

(82) DUWE, G., y FRESKE, P., «Using Logistic Regression Modeling to Predict Sexual Recidivism: The Minnesota Sex Offender Screening Tool-3 (MnSOST-3)». *Sex abuse: A Journal of reseach and treatment*, 4(24), 2012, pp. 350-377.

de volver a delinquir) Daffern (83) y el peso de cada uno de esos factores se establece en función de los hallazgos empíricos en la muestra, los predictores de una violencia futura y si se produjo la reincidencia (84).

Este instrumento de predicción de violencia se publicó finalmente en 1993 y estaba diseñado especialmente para predecir violencia en delincuentes, enfermos mentales, tras la medición de los doce factores de riesgo. Estos factores son: a) no vivir con ambos progenitores hasta los dieciséis años, b) fracaso en la escuela primaria, c) problemas con el alcohol, d) no haberse casado nunca o tenido pareja estable, e) edad temprana en el momento de la comisión del primer delito, f) cantidad antecedentes penales no violentos cometidos, g) fracaso en la libertad condicional previa, h) daño causado a la víctima en el último delito, i) no tener víctimas femeninas, j) cumplir los criterios del DSM para un trastorno de la personalidad, no cumplir requisitos del DSM para esquizofrenia k) o del PCL-R para la psicopatía (está considerado como un excelente instrumento para evaluarla (85), l) edad temprana en la comisión de un delito de los considerados como index offenses (86).

El VRAG se desarrolló pensando en hombres que hubiesen cometido un delito violento, fuere sexual o no, pensando en una predicción futura de reincidencia en delitos violentos en general. Las puntuaciones oscilan de -26 a +38 y en función de las mismas se asignará al individuo a una de las nueve categorías existentes.

Daffern (87) asegura que «aunque el VRAG tiene una buena validez predictiva. Al estar basado en factores de riesgo estáticos, éstos no cambian de acuerdo con las fluctuaciones en el estado mental y el funcionamiento psicosocial, ni tampoco ayuda a la identificación de dimensiones del riesgo importantes tales como la

(83) DAFFERN, M., «Risk assessment for aggressive behavior in personality disorder», p. 19.

(84) SETO, M., «Pedophilia and sexual offending against children...», p. 147.

(85) ABRACEN, J., LOOMAN, J., «Developments in the assessment and treatment of sexual offenders. Looking backward with a view to the future». *Journal of interpersonal violence*, 2005, 20 (1) 12-19, p. 14.

(86) Se denomina index offense o index crime a uno de los ocho tipos de delitos que se contienen en el informe denominado Uniform Crime Report que elabora anualmente el Federal Bureau of Investigation (FBI). Estos delitos son: asesinato (murder), homicidio doloso (non-negligent homicide), agresión sexual (rape), robo con violencia o con armas (robbery), lesiones con arma peligrosa (aggravated assault), allanamiento de morada con la finalidad de cometer un delito contra la propiedad (burglary) y hurto (larceny theft).

(87) Op cit. DAFFERN, M., *Risk assessment for aggressive behavior in personality disorder*, p. 19.

naturaleza, severidad, frecuencia e inminencia de la futura agresión». Por esta razón, algunos investigadores han opinado que habría que complementar los métodos actuariales con evaluaciones de carácter médico, existiendo dudas respecto al grado de consideración que ha de darse a la evaluación clínica.

Según Monahan (88), este instrumento ha mostrado una gran capacidad predictiva: un 11% de los pacientes que puntuaron en la categoría más baja en el VRAG cometieron un acto voluntario con posterioridad, frente al 42% en la categoría media y un 100% en la categoría más alta.

Señalar la gran importancia en esta herramienta de la psicopatía como predictor de comportamiento y por tanto de uno de los modelos que evalúa la psicopatía: PCL-R (89). El PCL-R puede ser considerada como una herramienta parte del VRAG (90).

La Universidad Complutense realizó una adaptación experimental de este instrumento (91). Sobre el VRAG y su validación en España se realizó un estudio por parte de Ballesteros y colaboradores para validar tanto este instrumento como el cuestionario de autovaloración (*Self Appraisal Questionnaire*). En ese estudio participó una muestra de 138 internos de los centros penitenciarios de Navalcarnero y Valdemoro. Ambos instrumentos obtuvieron resultados similares a los de los del instrumento original y por tanto, se pueden considerar como instrumentos de buena validez predictiva en la población penitenciaria española (92).

(88) Vide MONAHAN, J., «Structured risk assessment...», p. 26.

(89) La *Psychopathy Checklist-Revised* creada por HARE evalúa el grado de psicopatía de un varón adulto y dicha evaluación se realiza en base a una entrevista de carácter semi-estructurado de 20 ítems y aunque no fue concebido como instrumento de valoración del riesgo, lo cierto es que se utiliza frecuentemente, y ya hemos visto que también actúa como complemento de otros instrumentos de valoración del riesgo, vide HARE, R. D., *Sin Conciencia (El inquietante mundo de los psicópatas que nos rodean)*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2003. Existe una versión reducida española de 12 ítems Realizada por MOLTÓ llamada la *Psychopathy Checklist-Screening version (PCLR-SV)*, donde se evalúan los rasgos afectivos e interpersonales por un lado y los comportamentales por otro, *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*, p. 35.

(90) SETO, M., «Pedophilia and sexual offending against children...», p. 148.

(91) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*, p. 35.

(92) BALLESTEROS REYES, A., GRAÑA GÓMEZ, J., y ANDREU RODRÍGUEZ, J., «Valoración actuarial del riesgo de violencia en centros penitenciarios», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2006, 6, pp. 103-117.

Para Andrés y Echeburúa (93) su utilidad está limitada al entorno penitenciario, y se demostró su utilidad en dicho ámbito con el estudio citado anteriormente de Ballesteros y colaboradores.

2.3.2 LA SEX OFFENDER RISK APPRAISAL GUIDE (SORAG)

La Guía evaluativa del riesgo de agresores sexuales, la *Sex Offender Risk Appraisal Guide* (En adelante SORAG) (94) se desarrolló de forma paralela por los mismo autores con la *Violence Risk Appraisal Guide* (VRAG). Por tanto, esta herramienta es una variación del VRAG para riesgo de agresores sexuales. La principal variación es que se incluyen variables adicionales que enjuician la temática sexual (95) ya que el valor predictivo del VRAG para delitos sexuales era «de nivel medio» (96) y por tanto era necesario mejorar su capacidad predictiva. La metodología que se empleó en su creación fue similar a la del VRAG (97).

Se diseñó para predecir la reincidencia en delincuentes sexuales varones con un delito que involucraba un «contacto sexual» (no sería aplicable por tanto a consumidores de pornografía infantil o exhibicionismo). Tiene catorce ítems, de los cuales diez en común con la VRAG. La puntuación va desde -27 a +51 y los ítems son los siguientes: no convivir con ambos progenitores antes de los 16 años de edad, fracaso adaptativo en la escuela primaria, problemas de consumo de alcohol, no haberse casado nunca, cantidad de antecedentes penales por delitos no violentos, tamaño de los antecedentes penales por delitos violentos, antecedentes de comisión de delitos sexuales previos, sexo y edad de la víctima, comisión de delitos graves «los conocidos como *index offenses*» durante la juventud, encajar con los criterios del DSM para cualquier trastorno de la personalidad, y no encajar con los criterios del DSM para la esquizofrenia, medición con pletismógrafo de intereses sexuales desviados y de igual forma que para su hermana mayor «La VRAG», la puntuación del sujeto en el PCL-R de psicopatía que vuelve a ser el ítem con más peso, el más influyente (98). En opinión de Jime-

(93) ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., «Valoración del riesgo de violencia...».

(94) QUINSEY, V. L., RICE, M. E. y HARRIS, G. T., «Actuarial prediction of sexual recidivism», *Journal of Interpersonal Violence*, 1995, 10: 85-103.

(95) *Op. cit.* TIFFON NONIS, B.-N., «Manual de actuación profesional en Psicopatología...», p. 194.

(96) *Op. cit.* ARMAZA ARMAZA, E., «El tratamiento penal...», p. 148.

(97) *Op. cit.* PADFIELD, N., «The sentencing, management and treatment...».

(98) *Op. cit.* SETO, M., «Pedophilia and sexual offending against children...», p. 148.

nez y colaboradores (99) el instrumento tiene un alto valor predictivo de reincidencia en la delincuencia violenta pero es mucho menor en la sexual. Hay que señalar que este instrumento no está adaptado al castellano.

2.3.3 EL RAPID RISK ASSESSMENT FOR SEX OFFENSE RECIDIVISM (RRASOR)

El instrumento de evaluación rápida de riesgo de reincidencia de delitos sexuales o *Rapid Risk Assessment for Sex Offense Recidivism* (RRASOR) fue elaborado por Hanson en 1997 (100) y se trata de una herramienta de cuatro ítems.

Su población diana son los varones adultos con posibilidad de reincidir en conductas sexuales violentas. Su capacidad de predicción es a largo plazo de 5 a 10 años. Esta herramienta ha sido calificada por su creador como de una capacidad predictiva moderada (101). Pensemos que más que ante un test estamos ante una guía que nos permite trabajar de manera rápida.

Posteriormente se combinó con la *Structured Anchored Clinical Judgment* (SACJ) y como resultado surgió la STATIC-99, que luego evolucionó a la STATIC-2002 (102).

2.3.4 STATIC-99

Como ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, gran parte de los estados de EE. UU. utilizan estos instrumentos actuariales de evaluación del riesgo. Entre ellos, el más usado es el STATIC 99, ya que lo usan más de 30 de sus estados (103). Su uso es muy popular

(99) JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*, Salamanca: Ratio Legis Ediciones, 2014, p. 35.

(100) *Op. cit.* DUWE, G., FRESKE, P., «Using Logistic Regression Modeling to Predict...».

(101) Con una correlación media de 0,27 (n=2592) y una media del área bajo la curva ROC de 0,71). *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., «Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria...».

(102) *Op. cit.* DUWE, G., FRESKE, P. (2012). «Using Logistic Regression Modeling to Predict...».

(103) STOREY, J., WATT, K., JACKSON, K., y HART, S., «Utilization and Implications...», p. 4.

también en Canadá, mientras que en Reino Unido se utiliza la Matriz de Riesgo 2000 (104).

Como ya hemos mencionado, el STATIC-99 fue el resultado de la combinación del RRASOR con la *Structured Anchored Clinical Judgment* (SACJ) y su desarrollo posterior del STATIC-2002 (105). Ha sido testado abundantemente en la predicción de la reincidencia sexual y se ha demostrado consistente con el juicio clínico. Además, y aunque en un primer momento fue creado de manera específica para los delitos sexuales también ha demostrado su utilidad en la predicción de reincidencia respecto a delincuencia violenta en delincuentes sexuales. Este instrumento no tiene adaptación española (106).

2.3.5 LA MATRIZ DE RIESGO 2000 (THE RISK MATRIX 2000)

La *Risk Matrix 2000* es una herramienta de valoración de riesgo que mide el riesgo de carácter estático que se entienden relacionados con el riesgo de reincidencia (107). Esta herramienta ha mostrado una de moderada a buena precisión en la evaluación y que se utiliza de manera amplia en Reino Unido para evaluar el riesgo de reincidencia en delincuentes sexuales condenados (108).

2.4 Otras herramientas de valoración

2.4.1 ESCALA DE VALORACIÓN DE LA REINCIDENCIA EN LA VIOLENCIA SEXUAL-20 (SVR-20)

Boer, Hart y Webster publicaron su trabajo sobre la *Sexual Violence Risk-20* (SVR-20) en 1997 (109). Se enfocó de manera específica para

(104) BARNETT, G. D., WAKELING, H. C., MANDEVILLE-NORDEN, R., y RAKESTROW, J., «How useful are psychometric scores in predicting recidivism for treated sex offenders?». *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2012, 56(3), pp. 420-446.

(105) *Op. cit.* DUWE, G., FRESKE, P. (2012). «Using Logistic Regression Modeling to Predict».

(106) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., «Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria...»

(107) MANDEVILLE-NORDEN, R., y BEECH, A. R., «Development of a psychometric typology of child molesters. Implications for treatment», *Journal of Interpersonal Violence*, 2009, 24(2), pp. 307-335.

(108) BARNETT, G. D., y WAKELING, H. C., «An examination of the predictive validity of the Risk Matrix 2000 in England and Wales». *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2010, 22(4), pp. 443-470.

(109) *Op. cit.* DUWE, G., FRESKE, P. (2012). «Using Logistic Regression Modeling to Predict».

su uso con delincuentes sexuales siguiendo los datos resultantes de investigaciones empíricas de violencia sexual con delincuentes sexuales así como de los datos obtenidos de la práctica clínica (110).

Desde hace unos 10 años, este instrumento se ha traducido y adaptado para la población penitenciaria catalana. En este estudio se utilizaron diferentes métodos estadísticos a fin de determinar su adecuación a los datos reales de reincidencia y se halló que el SVR-20 predecía de forma correcta un 79,9% de los no reincidentes y un 70,8% de los reincidentes, resultando un total de un 78% de clasificaciones correctas (111) por lo que se entiende que la adaptación española realizada ayuda a mejorar la predicción del riesgo de violencia sexual (112). La adaptación del instrumento se realizó por parte del equipo de la Universidad de Barcelona (113).

Esta herramienta lo que hace es identificar veinte factores de riesgo que poseen una relación relevante y demostrada empíricamente con un riesgo de violencia sexual en el futuro. Podemos distinguir entre las categorías de: funcionamiento psicosocial (que incluye los ítems de 1) desviación sexual, 2) víctima de abuso en la infancia, 3) psicopatía, 4) trastorno mental grave, 5) abuso de sustancias tóxicas, 6) ideación suicida u homicida, 7) problemas en establecer o en mantener relaciones de pareja o íntimas de carácter estable, 8) y en conseguir un trabajo estable, 9) antecedentes de conducta violenta no sexual, 10) antecedentes de delitos no violentos y 11) cumplimiento o no de medidas impuestas por los tribunales o por los servicios penitenciarios), delitos sexuales 12) frecuencia de delitos sexuales 13) tipologías sexuales diversas, 14) gravedad del daño físico o psicoló-

(110) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*.

(111) El número de falsos positivos en términos de reincidencia sexual en este estudio fue de 28, es decir, 28 personas (de un total de 163) sobre las que se predijo que sí iban a reincidir no lo hizo, mientras que sólo 8 personas respecto a las que se predijo su no reincidencia, sí reincidió (falsos negativos). El resto se distribuyó en 17 verdaderos positivos y 111 verdaderos negativos. *Vide* Generalitat de Catalunya, Delitos sexuales y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña. Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales. Recomendaciones de la comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia, Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada, 2009, pp. 208-9.

(112) *Op. cit.* PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTÍNEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., y ANDRÉS PUEYO, A., «Predicción de riesgo de reincidencia...», y PÉREZ RAMÍREZ, M., REDONDO ILLESCAS, S., MARTÍNEZ GARCÍA, M., GARCÍA FORERO, C., y ANDRÉS PUEYO, A. (2009). «Assessing risk...».

(113) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*, p. 37.

gico causado a la víctima 15) y planes de futuro (con los ítems 19) tendencia a elaborar planes poco realistas o no hacerlos y 20) actitud negativa hacia la intervención).

2.4.2 HERRAMIENTA DE CRIBADO DE AGRESORES SEXUALES DE MINNESOTA (MNSOST-3)

La herramienta de cribado de agresores sexuales de Minnesota es una herramienta de evaluación del riesgo de agresores sexuales creada por Epperson, Kaul y Hesselton. A diferencia de otros instrumentos predictivos, en este caso los autores no intentan que sea un instrumento de aplicación a la totalidad del país, habida cuenta de las diferencias de política criminal del estado de Minnesota que, si bien está en la media de criminalidad del país, tiene la segunda tasa más baja de encarcelación del país y apuesta por sanciones de tipo cárceles municipales y supervisión comunitaria, reservando las penas de prisión para delincuentes que han cometido delitos graves (114).

Posteriormente y de una labor de refinamiento e investigación ulterior realizada por Epperson y sus colaboradores resultó la *Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised* (MnSOST-R). Esta cuenta con 16 ítems, de los que doce son históricos o estáticos y los otros cuatro son dinámicos. Es una de las herramientas de evaluación más utilizadas desde su nacimiento.

El estudio de Duwes y Freske muestra que el MnSOST-3 tiene una buena calibración con las tasas de reincidencia actuales para todos los delincuentes a excepción de los de mayor riesgo y también será adecuado para identificar delincuentes de alto riesgo con riesgo de reincidencia sexual superior al 50% (115). Sin embargo, Jimenez y colaboradores (116) destacan la opinión crítica de un profesor de la Universidad de Minnesota, William Groove ante unos resultados pre-

(114) Duwes y Freske señalan que el nacimiento del instrumento tuvo lugar en los años noventa a petición del *Minnesota Department of Corrections* (MnDOC) que buscaba facilitar el proceso de identificación de delincuentes violentos y depredadores y de ella resultó la *Minnesota Sex Offender Screening Tool* (MnSOST). La MnSOST en su versión primigenia constaba de 21 ítems elegidos en base a métodos empíricos sobre la base de delincuentes sexuales liberados de las prisiones de Minnesota, (concretamente una muestra de 256 internos, pero cuya valoración y baremación se realizó a través del juicio clínico). *Op. cit.* DUWE, G., FRESKE, P. (2012). «Using Logistic Regression Modeling to Predict...», p. 370.

(115) *Op. cit.* DUWE, G., FRESKE, P. (2012). «Using Logistic Regression Modeling to Predict», p. 370.

(116) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*, p. 39

dictores de unos niveles tan grandes de reincidencia que dificulta sobremanera la libertad del reo. Del mismo modo, Armaza (117) siguiendo a Esbec que los resultados no son muy alentadores. Ahora bien, Armaza menciona la MnSOST sin las revisiones ulteriores y aunque Jimenez y colaboradores (118) señalan las críticas del profesor Groove no indican tampoco que versión enjuicia éste puesto que no indican la procedencia de la opinión.

2.4.3 EVALUACIÓN DEL RIESGO EN AGRESORES SEXUALES JÓVENES

Como hemos visto con anterioridad, el número de delincuentes sexuales jóvenes o menores de edad no es escaso y en Estados Unidos se han desarrollado instrumentos de valoración de riesgo futuro de reincidencia específicos para jóvenes, como el *Youth Level of Service/ Case Management Inventory* (YLS/CMI) que fue fruto de la adaptación del *Level of Service Inventory* que consta de 42 ítems y su validez ha sido considerada adecuada en varios estudios (119).

El instrumento más utilizado en jóvenes y que ha sido validado científicamente es la *Juvenile Sex Offender Assessment Protocol-II* (JSOAP-II) que tiene cuatro escalas, las dos primeras referidas a factores estáticos y las dos segundas en dinámicos: 1) es referente a la conducta sexual/preocupaciones sexuales 2) Comportamiento impulsivo o antisocial 3) Intervención clínica 4) Estabilidad en la comunidad (120).

Ahora bien, los jóvenes son maleables tanto en el buen sentido como en el malo, por tanto en sujetos que son susceptibles, dada su juventud, de cambiar tanto autores como Cadwell y Dickinson sugieren que sería conveniente que los resultados obtenidos se tengan en cuenta por un periodo corto de tiempo, habida cuenta del importante efecto de la maduración y del tratamiento que se le haya aplicado puede afectarles positivamente al respecto. De igual forma los autores sugieren dar más importancia en los instrumentos de valoración del riesgo las variables de tipo dinámico al ser los menores más cambiantes y también de los factores sociales que rodean a los jóvenes, habida

(117) *Op. cit.* ARMAZA ARMAZA, E., «El tratamiento penal...».

(118) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*.

(119) CADWELL, M., y DICKINSON, C., *Sex Offender Registration and Recidivism Risk in Juvenile Sexual Offenders*, *Behavioral sciences & the law*, 2009, 27, 941-956, p. 943.

(120) CADWELL, M., y DICKINSON, C., «Sex Offender Registration and Recidivism Risk...», p. 943.

cuenta de la importancia que tienen a esa edad los grupos de iguales, como influencia positiva y como negativa.

2.5 Escalas que se utilizan en España

Ya hemos visto algunas escalas que se están utilizando adaptadas a las características de la población delincucional sexual española (HCR-20, VRAG, PCL-R, SARA, EPV, SVR-20 y SAVRY) (121). Ahora y pese a que no se centran en delincuencia sexual, sino que se utilizan en el medio penitenciario para valorar la peligrosidad de los internos de cara a concesión de permisos de salida y progresión en el grado penitenciario, nos parece interesante señalar para destacar los pequeños pasos que se están dando de cara a tener en cuenta la utilización de los métodos actuariales en nuestro país.

2.5.1 ESCALA DE VALORACIÓN DE LA CONDUCTA VIOLENTA Y RIESGO DE REINCIDENCIA (EVCV)

Fue creada en España para evaluar a personas conceptuadas como violentas que se encuentran en centros penitenciarios, por Jiménez, Sánchez, Merino y Ampudia (122) elaborada tras una investigación amparada por la Universidad de Salamanca y Universidad Nacional Autónoma de México. Esta escala tiene dos adaptaciones, una española y otra mexicana y consta de 27 ítems, que se administran mediante una entrevista guiada realizada por profesionales con experiencia con los internos y con la escala. Se aplica en un contexto penitenciario y además de la entrevista, también utilizan informes previos y archivos del centro respecto a tres variables: reincidencia, violencia y psicopatía.

2.5.2 TABLA DE VARIABLES DE RIESGO (TVR)

Elaborada por Clemente y colaboradores para un contexto penitenciario, su pretensión predictiva es la del riesgo de quebrantamiento respecto de los permisos de salida de los internos y barema 18 variables (123).

(121) Sobre estas adaptaciones *vide* ANDRÉS PUEYO & ECHEBURÚA, 2010.

(122) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria.*

(123) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria.*

2.5.3 VALORACIONES DE RIESGO SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

Ante el grave problema de violencia de género de nuestro país y pese a que no se trate de escalas de medición de riesgo de violencia sexual, queremos enumerar los diferentes instrumentos respecto a la violencia de género que se han adaptado o desarrollado en nuestro país.

2.5.3.1 *Spousal Assault Risk Assessment Guide (SARA)*

Este instrumento se utiliza para predecir el riesgo de manifestación violenta de los agresores domésticos con respecto a su pareja o expareja y se ha adaptado en España por el Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Universidad de Barcelona, concretamente por Andrés Pueyo y López (124). Analiza criterios de ajuste psicosocial, historial de agresiones y la convivencia en pareja. Fue creada originariamente por Kropp, Hart, Webster y Eaves (125).

Los contextos de aplicación, según Andrés Pueyo y Echeburúa (126) son tanto demandas civiles por custodia, como denuncias penales o valoración del riesgo de violencia o reincidencia.

2.5.3.2 *La Escala de Predicción del riesgo de violencia grave contra la pareja (revisada) EPV-R*

La EPV-R también se usa en un contexto de pareja, pero ya centrado en el ámbito de la violencia y que se ha diseñado por Echeburúa y colaboradores para el contexto español, concretamente en el ámbito policial (lo utiliza la Ertzaina para determinar la valoración del riesgo en la elaboración de los atestados de violencia de género), judicial y forense. Ahora bien, según sus creadores no ha sido testada fuera del País Vasco y no se ha estudiado en la violencia de pareja en general, solo a la denunciada, ni tampoco se ha contrastado su validez con otros instrumentos como el SARA (127).

2.5.3.3 *El protocolo para la valoración del riesgo de violencia contra la pareja*

(124) *Op. cit.* ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., «Valoración del riesgo de violencia...».

(125) *Op. cit.* JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V., y AMPUDIA RUEDA, A., *Evaluación de la peligrosidad en la población penitenciaria*.

(126) ANDRÉS PUEYO, A., y ECHEBURÚA, E., «Valoración del riesgo de violencia...», p. 407.

(127) ECHEBURÚA, E., AMOR, P. J., LOINAZ, I., y CORRAL, P., «Escala de predicción del riesgo de violencia grave contra la pareja-revisada (EPV-R)», *Psicothema*, 2010, 22(4), 1054-1060, p. 1059.

Este instrumento ha sido elaborado para la Policía Nacional y la Guardia Civil. Respecto a la Guardia Civil y según la norma técnica número 1/2008 de julio que regula el procedimiento de las unidades de la Guardia Civil en materia, la primera valoración del riesgo se realiza si el instructor del atestado entiende que los hechos denunciados necesitan la adopción de alguna medida de protección. Para ello se usa el formulario de valoración normalizada (VPN) en el sistema informático del Cuerpo y posteriormente se informa a la mujer del resultado y de las medidas que se pueden aplicar. La valoración puede ser de un nivel bajo, medio, alto o extremo.

2.5.3.4 *El protocolo de valoración de riesgo de violencia de pareja contra la mujer RVD-BCN*

Este protocolo ha sido creado por el Circuito Barcelona contra la Violencia hacia la mujer (www.csbcn.net/cvdbcn/) y ha sido puesto a disposición de la sociedad de manera libre bajo la licencia de *Creative Commons* (y que se puede obtener en la web: <http://www.ub.edu/geav/contenidos/rvdcastellano.pdf>). Está dirigido a profesionales con experiencia en violencia de pareja para que puedan utilizar una guía de valoración de riesgo validada y rigurosa, que pueda predecir el riesgo de violencia grave contra la mujer por parte de su pareja o expareja en el periodo comprendido entre los 3 a 6 meses posteriores a la fecha de evaluación del riesgo (128).

3. PLANTEAMIENTOS PARA UN ESTUDIO Y DISCUSIÓN POSTERIOR

En España se utilizan de manera incidental instrumentos de valoración de riesgo como hemos visto en el epígrafe anterior. El más usado es el que se usa en la Policía Nacional y Guardia Civil a fin de valorar el riesgo en los casos de violencia de género y, dependiendo del riesgo valorado, recomendar y/o aplicar unas u otras medidas de protección a la víctima. Sería muy interesante, de cara a realizar estudios ulteriores, determinar cuál es la forma en que el operador de la Policía Nacional o Guardia Civil codifica las impresiones de la entrevista con la mujer víctima de la violencia, además de los datos objetivos que resulten del atestado o de documentación obrante en registros, tales como antecedentes policiales o penales. Y cómo este resultado se

(128) ANDRÉS PUEYO, A., *Las personas son la clave*, página web consultada el 8 de mayo de 2017 <http://laspersonasonlaclave.blogspot.com.es/>

plasma en la valoración del riesgo del agresor y por tanto en la cantidad y calidad de medidas de protección a adoptar. Igualmente, habría que estudiar la correlación entre el riesgo percibido por el programa informático y si después se produjo algún tipo de quebrantamiento o incidente que ratificó ese riesgo. Y lo mismo con las valoraciones de riesgo de Instituciones Penitenciarias.

Las aplicaciones prácticas ya en marcha, unidas a las realizadas por diversos equipos de investigación universitarios relativos a la aplicación de instrumentos como los ya aludidos, nos hace presagiar un futuro más acorde con la tendencia anglosajona de uso de instrumentos estadísticos. No como decisión ciega, porque además la última palabra siempre será la del juez o Tribunal, que podrá llegar a un convencimiento usando, además del instrumento actuarial, el conocimiento de técnicos y peritos.

Respecto a la valoración del riesgo, en nuestro país no existen los peligros de decretar un *civil commitment* o internamiento indefinido, pero estas técnicas actuariales pueden ser útiles para la aplicación en su caso (o no) de nuestra medida de libertad vigilada. Nos encontramos ante un reto de carácter ético. La nuestra, como cualquier sociedad de nuestro entorno, vive unos momentos de miedo a los peligrosos, que no deja de ser «un miedo al miedo». Nos bombardean con noticias de sujetos a los que debemos temer porque son peligrosos, cuando la etiqueta de peligroso puede ser en un gran porcentaje de las veces, fruto de la corriente política imperante, y por tanto que cambia y cambiará en el futuro. Debemos poner el acento en que las predicciones no son hoy en día, ni de lejos, acertadas y que al hacer un pronóstico futuro, en gran parte de las ocasiones será lo mismo que tirar una moneda al aire. Por tanto, las predicciones de riesgo que se realicen deberán ser cuidadosas y utilizando todos los instrumentos de gestión de riesgo que estén a nuestro alcance: teniendo peritos y jueces debidamente formados en sus fortalezas y debilidades e instrumentos estadísticos debidamente validados en cada país y sin sesgos culturales, de género o raciales (129). Además, y de la misma forma en que la prensa pone de relieve los «falsos negativos» (sujetos que no son valorados como peligrosos y que luego resultan serlo porque cometen delitos posteriormente) no debe hacernos perder de vista la existencia de los «falsos positivos» porque puede ser que alguien sea conceptualizado como peligroso y luego no serlo.

(129) PADFIELD, N., «The sentencing, management and treatment...», p. 9.

La asistencia letrada en las diligencias de investigación

JAVIER ÁNGEL FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO

Letrado de la Administración de Justicia
Juzgado Central de Instrucción n.º 2 Audiencia Nacional
Doctor en Derecho

RESUMEN

De la exigencia de los arts. 17.3.º y 24.2.º CE sobre la asistencia de Abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos de la instrucción penal. En los actos procesales en los que no es necesario garantizar la contradicción la intervención del defensor no deviene obligatoria. En el presente trabajo analizaremos, a la luz de la jurisprudencia del TC y TS, algunos de esos supuestos concretos.

Palabras clave: *Asistencia letrada, detenido, investigado, instrucción.*

ABSTRACT

From the requirement of 17.3.º and 24.2.º articles of the Spanish Constitution on the assistance of Attorney in judicial and police inquiries is not derived their necessary and unavoidable presence in each and every one of the acts of the criminal investigation. In the procedural acts in which it is not necessary to ensure the contradiction, defender intervention does not become mandatory. In this paper we analyze, in the light of the jurisprudence of the Constitutional Court and Supreme Court, some of those specific cases.

Keywords: *Defense attorney, arrested, inquired, judicial investigation.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Cacheos.–3. Diligencia de entrada y registro.–4. Pruebas radiológicas.–5. Reconocimientos de identidad. 5.1. Reconocimientos fotográficos. 5.2. Reconocimiento en rueda. 5.3. Toma de fotografías de detenidos.–6. Declaración espontánea.–7. Prueba de escritura.–8. Toma de muestras de ADN. 8.1. Muestras abandonadas. 8.2. Muestras cuya obtención requiera un acto de intervención corporal. 8.2.1. Investigado no detenido. 8.2.2. Obtención de ADN del detenido para la averiguación de un delito concreto. 8.2.3. Obtención de ADN del detenido para su inclusión en una base de datos.–9. Conclusiones.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia constitucional (1) se ha producido una marcada imbricación entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, relegando a un plano subsidiario el derecho a la autodefensa del ciudadano. Esta refundición de dos derechos en uno obligó, en primer lugar, a establecer una nítida frontera de separación entre el derecho a la asistencia letrada a que se refiere el art. 17.3 CE y el previsto en su art. 24.2 (2). Así, mientras en el art. 17.3 CE se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y sumariales y, por ende a quien privado de su libertad se encuentra ante la eventuali-

(1) La STC 30/1981, Sala 1.^a, de 24.07.1981 (*BOE* núm. 193 de 13.08.1981; MP: Gloria Begué Cantón), declaró que el derecho a la defensa y asistencia de Letrado, consagrado en el art. 24.2 CE, «comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación». Doctrina que de modo más específico recoge la STC 18/1995, Sala 1.^a, de 24.01.1995 (*BOE* núm. 50 de 28.02.1995; MP: Vicente Gimeno Sendra) al determinar que «el derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 CEDH y con el art. 14.3 del PIDCP, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable».

(2) Como destaca SOTO NIETO, *La Ley*, p. 1, «la forma en que aparece redactado el art. 24.2 de la CE induce a concluir que el pensamiento del legislador constitucional alberga la idea del reconocimiento separado, aun partiendo de indudable interrelación, de un derecho fundamental a la defensa y de un derecho fundamental a la asistencia letrada». Para MORENO CATENA, 1989, p. 459, el derecho de defensa se realiza a través de la asistencia técnica, que «es para el defendido de una importancia tal que nuestra CE lo reconoce como un derecho independiente, aunque cabe al derecho de defensa».

dad de quedar sometido a un proceso penal (3), el art. 24.2 CE faculta al ciudadano para hacer uso de una defensa técnica en toda clase de procesos. La asistencia del art. 17.3 CE es un instrumento de salvaguarda del derecho a la libertad del detenido y no investigado (4). La asistencia del art. 24.2 CE es una garantía complementaria del derecho de defensa en juicio (5). Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque, en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra CE es más amplia que dichos textos internacionales. El CEDH (6) proclama en su art. 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido preventivamente, entre los cuales no se incluye el de asistencia letrada. Es en su art. 6 donde consagra el derecho al proceso debido, determinando los derechos del acusado con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección. El mismo modelo se acoge, sin diferencias sustanciales, en los arts. 9 y 14 PIDCP (7), el primero de los cuales no comprende el derecho del detenido a la asistencia letrada, reconociéndose en el segundo para el acusado de un delito en los mismos términos establecidos en el 6 CEDH. Por consiguiente, en esos textos internacionales, tiene especial importancia la diferenciación entre detenido y acusado en relación con el derecho a la asistencia letrada y así lo evidencia también la

(3) La STC 107/1985, Sala 2.ª, de 7.10.1985 (*BOE* núm. 265 de 5.11.1985; MP: Francisco Rubio Llorente), despejó toda duda sobre el particular al declarar que «el art. 17.3 CE reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 CE lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, y por tanto, en relación con el acusado o imputado».

(4) En este sentido OÑA NAVARRO, CDJ, p. 172; y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, CDP, pp. 120 y ss.

(5) STC 196/1987, Pleno, de 11.12.1987 (*BOE* núm. 7 de 8.01.1988; MP: Eugenio Díaz Eimil). DE LA OLIVA SANTOS, 2004, pp. 450 y ss., se decanta por no confundir el derecho de defensa letrada, que se refiere a la que requiere estar involucrado en un proceso, con el derecho a la asistencia letrada al simple detenido (art. 17.3 CE), con independencia de que la detención se incardine en un proceso ya iniciado o sea, por así decirlo, autónoma.

(6) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4.11.1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6.05.1963 y 20.01.1966, respectivamente, y ratificado por España mediante Instrumento de 4.10.1979 (*BOE* núm. 243, de 10.10.1979).

(7) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19.12.1966, ratificado por España mediante Instrumento de 20.04.1977 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977).

doctrina del TEDH (8), que ha interpretado el término «acusado» del art. 6 en un sentido material y no formal. Y consecuencia de esa interpretación material es la consideración de que la acusación en ocasiones comienza con «el momento del arresto, de la inculpación o de la apertura de las investigaciones preliminares». En definitiva, si al detenido por la policía se le hace ya una imputación material (atribución, aunque sea indiciaria, de un hecho delictivo), deberá ser considerado acusado a los efectos de extenderle las garantías de los arts. 24.2 CE y 6 CEDH. Lo que no ocurrirá cuando la detención no suponga imputación, por ejemplo porque sea a efectos de identificación.

La necesidad de asistencia letrada en las diligencias de investigación, policiales o judiciales, que tienen lugar durante la fase de instrucción, sólo es preceptiva en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el investigado o procesado tenga que estar presente. El derecho de asistencia letrada al detenido, conforme a lo dispuesto en el art. 17.3 CE, se halla establecido para las diligencias policiales y judiciales «en los términos que la ley establezca» (9). En la práctica, el TC reclama dicha intervención en la detención (10) y en la prueba sumarial anticipada (11), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la CE, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes. Pero, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas

(8) SSTEDH, Sala, de 27.06.1966, Neumeister c. Austria (Solicitud núm. 1936/63); 27.02.1980, Deweer c. Bélgica (Solicitud núm. 6903/75); 13.05.1980, Ártico c. Italia (Solicitud núm. 6694/74); y 26.03.1982, Adolf c. Austria (Solicitud núm. 8269/78). Así en el caso Deweer se da un concepto general de «acusación» a estos efectos como «la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente del reproche de haber cometido una infracción penal.»

(9) Para QUERALT JIMÉNEZ, *CGC*, p. 15, el 17.3 CE no limita «el número de diligencias policiales en las que quepa exigir el derecho de asistencia letrada, por lo que no sólo se circunscribe a las diligencias de declaración y de reconocimiento de identidad, y en consecuencia todas las demás diligencias que tengan que ver con el detenido deben contar con la presencia activa del abogado que le asista».

(10) SSTC 66/1989, Sala 1.ª, de 17.04.1989 (*BOE* núm. 119 de 19.05.1989; MP: Luis López Guerra); 47/1986, Sala 1.ª, de 21.04.1986 (*BOE* núm. 102 de 29.04.1986; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); y 42/1982, Sala 2.ª, de 5.07.1982 (*BOE* núm. 185 de 4.08.1982; MP: Francisco Rubio Llorente).

(11) SSTC 80/1991, Sala 1.ª, de 15.04.1991 (*BOE* núm. 115 de 14.05.1991; MP: Luis López Guerra); 59/1991, Sala 1.ª, 14.03.1991 (*BOE* núm. 91 de 16.04.1991; MP: Francisco Tomás y Valiente); y 217/1989, Sala 1.ª, de 21.12.1989 (*BOE* núm. 10 de 11.01.1990; MP: Vicente Gimeno Sendra).

limitaciones derivadas del secreto de la fase de instrucción, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que tales diligencias hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado.

El TC (12) señala una triple finalidad a la exigencia de intervención del Abogado en la detención, que coincide con lo que podríamos llamar los tres elementos de su contenido esencial. Función de garantía, consistente en «asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración». Función probatoria, que se concreta en «comprobar, una vez realizados y concluidos los interrogatorios, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma». Y función de defensa, que estriba en un «asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio», así como en la «presencia activa del Letrado» en esos interrogatorios. Siendo esta última función la más relevante conforme a la doctrina del TC, que señala que «lo esencial del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la CE es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda».

El TS (13) destaca, en cuanto al derecho de defensa y a la asistencia letrada, que tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y prevenir limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido por el art. 24.1 CE. En este sentido el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el art. 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo y su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados y no sufra coacción o trato incompatible con su

(12) STC 38/2003, Sala 1.ª, de 27.02.2003 (*BOE* núm. 63 de 14.03.2003; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

(13) SSTs, Sala 2.ª, de 25.02.2014 (ROJ: STS 764/2014; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 199/2003, Sala 2.ª, de 10.11.2003 (*BOE* núm. 296 de 11.12.2003; MP: Pablo Cachón Villar); 229/1999, Sala 1.ª, de 13.12.1999 (*BOE* núm. 17 de 20.01.2000; MP: María Emilia Casas Baamonde; y 252/1994, Sala 1.ª, de 19.09.1994 (*BOE* núm. 252 de 21.10.1994; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

dignidad y libertad de declaración y que tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (14).

En definitiva, de acuerdo con una reiterada praxis jurisprudencial (15) el art. 24.2 se refiere a la asistencia de Letrado para evitar la indefensión material que se originaría en aquellos casos en los que el investigado, por dicha causa, sufriera una manifiesta merma en sus garantías jurídicas. Se quiere, en definitiva, proteger y apoyar moralmente, o ayudar profesionalmente, al acusado (16). La finalidad de tal derecho es asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o de evitar limitaciones en la defensa que causen indefensión. Debe recordarse la diferencia entre la infracción de normas procesales de un lado y la indefensión de otro, pues esta sólo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos, «con menoscabo real y efectivo de los mismos» (17). De ahí que la falta de asistencia letrada provocará la indefensión, con los efectos consiguientes, si esa circunstancia ha causado o ha podido causar razonablemente un perjuicio a la parte, incluso habría de probarse el que racionalmente apareciera demostrado que la falta procesal cometida podía influenciar o cambiar el signo de la resolución adoptada. La función del Letrado principalmente es evitar la autoinculpación del detenido por ignorancia de los derechos que le asisten (18), bien entendida que de la exigencia de los arts. 17.3.º y 24.2.º CE sobre la asistencia de Abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos de instrucción. En los actos procesales en los que no es necesaria-

(14) Véase MORENO CATENA, 2011, p. 147.

(15) SSTS, Sala 2.ª, de 9.02.2001 (ROJ: STS 850/2001; MP: Roberto García-Calvo Montiel); 10.07.2000 (ROJ: STS 5638/2000; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); y 10.10.1996 (ROJ: STS 5432/1996; MP: José Augusto de Vega Ruiz), entre otras.

(16) STC 107/1985, Sala 2.ª, de 7.10.1985, cit.

(17) STC 47/1987, Pleno, de 22.04.1987 (BOE núm. 107 de 5.05.1987; MP: Eugenio Díaz Eimil).

(18) SSTS, Sala 2.ª, de 18.07.2015 (ROJ: STS 2862/2015; MP: Carlos Granados Pérez); 8.05.2014 (ROJ: STS 2370/2014; Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 15.11.2002 (ROJ: STS 7596/2002; MP: José Aparicio Calvo-Rubio).

rio garantizar la contradicción, la intervención del defensor no deviene obligatoria (19).

2. CACHEOS

El denominado cacheo consistente en el registro de una persona para saber si oculta elementos, sustancias u objetos que puedan servir para la prueba de un delito (20). El cacheo, acompañado de la identificación, constituye por lo general la primera y más frecuente medida de intervención policial que indudablemente implica una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad (art. 17 CE), como a la libre circulación (art. 19 CE), en tanto que, como la identificación misma, comportan inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica, y además, puede afectar a la intimidad personal (art. 18 CE), en la medida que sea practicado con exceso en cuanto a la justificación de su necesidad, al lugar en que se efectúe o el trato vejatorio y abusivo dispensado en él por los agentes actuantes, o incluso en la integridad corporal (art. 15 CE), en función de la violencia o vis coactiva aplicada en su práctica.

En cuanto a sus garantías el TS (21) ha distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el art. 17 CE y las meras retenciones o provisionalísimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria o *strictu sensu*, tal y como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación, los controles preventivos o el desplazamiento a dependencias policiales para ciertas diligencias. Y de forma unánime afirma que el cacheo se diferencia de forma esencial de la detención (22), pues es cuantitativamente reducido y

(19) SSTC 17/2004, Sala 1.^a, de 23.02.2004. (BOE núm. 74 de 26.03.2004; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); y 206/1991, Sala 1.^a, de 30.10.1991 (BOE núm. 284 de 27.11.1991; MP: Vicente Gimeno Sendra). Asimismo SSTS, Sala 2.^a, de 25.02.2014, cit.; y 19.12.1996 (ROJ: José Augusto de Vega Ruiz).

(20) STS, Sala 2.^a, de 11.11.1997 (ROJ: STS 6740/1997; MP: Luis Román Puerta Luis). DÍAZ CABIALE, *CDJ*, pp. 79-83, define los cacheos como «una intervención corporal llevada a cabo para descubrir el cuerpo del delito: la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo y la indumentaria del sujeto».

(21) SSTS, Sala 2.^a, de 12.11.2013 (ROJ: STS 5418/2013; MP: Francisco Monteverde Ferrer); y 17.06.1999 (ROJ: STS 4302/1999; MP: Carlos Granados Pérez).

(22) MAGRO SERVET, *La Ley*, pp. 1822-1831, afirma que «no se puede hablar de detención cuando se practica el cacheo. El TS tiene declarado desde 1993 que

por esta razón no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo las exigencias previstas en la LECRIM para la detención. Por ello el cacheo es una actuación inmediata sobre el detenido que no exige asistencia letrada. En primer lugar, por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia. En segundo lugar, porque la presencia de Letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. No cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia. Y finalmente, el derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado. En cuanto al derecho a la intimidad, queda preservado si se cumplen tres condiciones: que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo; que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes (23).

En definitiva, la práctica del cacheo no se exige asistencia de Letrado, ni información de derechos y del hecho investigado (24). Precisamente, por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial.

3. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

No se pronuncia el art. 569 LECRIM sobre si ha de estar o no presente el Abogado del interesado en la práctica de esta diligencia. Con-

existe la posibilidad de retener y llevar a efecto la práctica del cacheo sin que sea preciso detener formalmente a una persona para llevarlo a cabo con lectura de derechos y asistencia letrada».

(23) STS, Sala 2.ª, de 23.02.1994 (ROJ: STS 15827/1994; MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez). Véase BANACLOCHE PALAO, 2015, p. 171.

(24) SSTs, Sala 2.ª, de 13.04.2009 (ROJ: STS 2375/2009; MP: Manuel Marchena Gómez); 9.05.2001 (ROJ: STS 3766/2001; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); 16.03.2001 (ROJ: STS 2130/2001; MP: Joaquín Delgado García); y 31.03.2000 (ROJ: STS 2623/2000; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar).

forme a una reiterada y pacífica doctrina del TS (25), se atribuye a la diligencia de entrada y registro domiciliario la condición de prueba preconstituida de naturaleza documental con plenos efectos en el juicio oral. Al tratarse de una actuación judicial que afecta a un derecho constitucional como es la inviolabilidad del domicilio, la validez de la diligencia requiere la observancia de las garantías precisas de orden constitucional, de suerte que no siendo el caso de delito flagrante o de consentimiento del interesado, la adopción de esta medida deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, adecuación a la investigación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado. De tal manera que la diligencia practicada con vulneración de exigencias y garantías constitucionales, determinará la nulidad radical e insubsanable de la misma y de sus resultados, es decir, del acto realizado y del acta que lo describe, mientras que la practicada cumpliendo las referidas reglas tiene pleno valor probatorio, desde la perspectiva constitucional (26).

Conforme al art. 569.4 LECRIM, el registro se practicará siempre en presencia del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del servicio de guardia que le sustituya. El TS ha establecido reiteradamente que tal intervención de la fe pública judicial, como garante de autenticidad, reviste de certeza lo acontecido en el registro, garantizando la realidad de los hallazgos efectuados, así como que la intromisión en el derecho fundamental afectado se realizó dentro de los límites de la resolución judicial (27). La doctrina del TC (28) viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí solo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro de un domicilio, fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y el registro se practiquen, las incidencias que

(25) SSTS, Sala 2.ª, de 8.03.2012 (ROJ: STS 1562/2012; MP: Cándido Conde-Pumpido Touron); y 17.03.2009 (ROJ: STS 1261/2009; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

(26) En este sentido, BANACLOCHE PALAO, 2015, p. 188.

(27) SSTS, Sala 2.ª, de 23.09.2003 (ROJ: STS 5681/2003; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); y 12.04.2006 (ROJ: STS 2057/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), entre otras muchas.

(28) SSTC 94/1999, Sala 2.ª, de 31.05.1999 (BOE núm. 154 de 29.06.1999); 228/1997, Sala 1.ª, de 16.12.1997 (BOE núm. 18 de 21.01.1998; MP: Pablo García Manzano); 290/1994, Sala 1.ª, de 27.10.1994 (BOE núm. 285 de 29.11.1994; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

en su curso se puedan producir y los defectos en que se incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. Además, como indica el TS (29), la presencia del fedatario público produce la plenitud probatoria que se deriva de la fe pública, haciendo innecesaria la presencia de testigos adicionales. Así se ha establecido por una reiterada jurisprudencia (30), en la que se señala que la redacción posterior a la LOPJ del art. 569 LECRIM, deja intacto el valor probatorio de la diligencia cuando concurre el Letrado de la Administración de Justicia. Solamente, para los casos en que el acta levantada careciera de la fe pública, por la ausencia de dicho funcionario público, no alcanzando el carácter de prueba preconstituida por ello, el TS (31) ha indicado que el contenido del registro debe ser ratificado y adverdado en el acto del juicio oral por los funcionarios intervinientes, medio para su incorporación regular al acervo probatorio. Lo que *a sensu contrario* descarta tal necesidad cuando interviene el fedatario, conforme a las exigencias del art. 569 LECRIM tras la reforma operada por la Ley 22/1995 (32). Siendo así, no es preceptiva la presencia del Abogado del investigado en la práctica del registro, salvo los supuestos de declaración o diligencia de reconocimiento de la identidad del investigado (33). La presencia de un Letrado en la entrada y registro no es una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, que no regula ese derecho, pues no hay norma alguna que establezca esa asistencia en los registros domiciliarios (34), ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en juego aparecen protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene la Ley Procesal Penal (35). Lo que sí es necesario, según reiterada

(29) SSTS, Sala 2.^a, de 30.06.2000 (ROJ: STS 5379/2000; MP: José Antonio Martín Pallín).

(30) SSTS, Sala 2.^a, de 22.10.2013 (ROJ: STS 5060/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 8.03.2012, cit.; y 19.01.2007 (ROJ: STS 1025/2007; MP: Francisco Monteverde Ferrer).

(31) SSTS, Sala 2.^a, de 26.04.2012 (ROJ: STS 3027/2012; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); y 6.03.2000 (ROJ: STS 1773/2000; MP: Juan Saavedra Ruiz).

(32) Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios (BOE núm. 170, de 18.07.1995).

(33) Véase MOLINA PÉREZ, *AJEE*, pp. 136-142.

(34) En este sentido, entre otras, SSTS, Sala 2.^a, de 12.07.2005 (ROJ: STS 4698/2005; MP: Joaquín Delgado García); 2.04.2004 (ROJ: STS 2306/2004; MP: José Ramón Soriano Soriano); 16.05.2003 (ROJ: STS 3303/2003; MP: José Aparicio Calvo-Rubio); 26.02.2002 (ROJ: STS 1356/2002; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); y 11.06.2001 (ROJ: STS 4947/2001; MP: Carlos Granados Pérez).

(35) SSTS, Sala 2.^a, de 22.10.2010 (ROJ: STS 5630/2010; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 7.04.2004 (ROJ: STS 2411/2004; MP: José Aparicio Calvo Rubio). En igual sentido, STC 32/2003, Sala 1.^a, de 13.02.2003 (BOE núm. 55 de 13.02.2003; MP: Pablo García Manzano).

doctrina del TS (36), cuando se procede a un registro domiciliario y el afectado por tal diligencia se halle detenido, es que en ese registro se encuentre presente el propio investigado. No cabe proceder al mencionado registro dejando al detenido en las dependencias policiales (37).

Cuestión distinta es la práctica de una entrada y registro realizada directamente por la policía con sustento en el consentimiento del interesado, pues en tal caso, si está detenido, será imprescindible que dicho consentimiento se preste en presencia del Letrado del detenido, lo que así se hará constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un Letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza (38). Por tanto si el titular está detenido su consentimiento no será válido de carecer al concederlo de asistencia letrada (39). Si la asistencia de Letrado es necesaria para que este preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose «la intimidación ambiental» o «la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan» (40). Pero existiendo autorización judicial no es preceptiva la presencia de Letrado en las diligencias de entrada y registro, sin que se produzca indefensión

(36) STS, Sala 2.^a, de 14.11.2003 (ROJ: STS 7146/2003; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

(37) SSTS, Sala 2.^a, de 24.06.2009 (ROJ: STS 4682/2009; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 14.03.2006 (ROJ: STS 6328/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(38) SSTS, Sala 2.^a, de 10.03.2014 (ROJ: STS 1402/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 30.09.2013 (ROJ: STS 4761/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 2.12.1998 (ROJ: STS 7234/1998; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

(39) SSTS, Sala 2.^a, de 3.04.2001 (ROJ: STS 2769/2001; MP: Juan Saavedra Ruiz); y 23.1.1998 (ROJ: STS 345/1998; MP: José Augusto de Vega Ruiz), entre otras.

(40) SSTS, Sala 2.^a, de 17.03.2016 (ROJ: STS 1187/2016; MP: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro); 24.02.2015 (ROJ: STS 823/2015; Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 23.12.2014 (ROJ: STS 5752/2014; José Ramón Soriano Soriano); y 16.05.2000 (ROJ: STS 3929/2000; MP: Luis Román Puerta Luis), entre otras muchas.

alguna cuando se ha practicado dándose cumplimiento a los requisitos que de orden constitucional y de legislación ordinaria vienen establecidos (41).

Por consiguiente, conforme a lo expuesto, en este tema hay que distinguir tres situaciones bien distintas. En primer lugar, si se encuentra el titular del domicilio detenido en Comisaría es precisa la asistencia letrada cuando expresa su consentimiento (42). En segundo lugar, si no se encuentra detenido y se le interesa el consentimiento no es precisa la asistencia letrada (43). Finalmente, tampoco es precisa la asistencia letrada al acto de entrada y registro. No hay infracción del art. 17.3 CE por el hecho de no haber asistido Letrado al mencionado registro, pues el art. 520 LECRIM sólo prevé esa asistencia letrada al detenido para las diligencias policiales y judiciales de declaración, los reconocimientos de identidad de que fuera objeto, y las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido, no para las diligencias de registro. Para la intervención de Letrado en los actos de registro judicial ha de estarse a lo dispuesto en el art. 333 LECRIM, que prevé su asistencia si lo solicitara el procesado (44).

(41) SSTS, Sala 2.^a, de 26.04.2012, cit.; 27.10.2010 (ROJ: STS 6010/2010; Manuel Marchena Gómez); 23.11.2006 (ROJ: STS 7614/2006; Carlos Granados Pérez).

(42) La STS, Sala 2.^a, de 13.03.2001 (ROJ: STS 1994/2001; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo), recoge que «alega el recurrente que el acusado autorizó, efectivamente, a los funcionarios policiales la entrada y registro de su domicilio, pero que dicha autorización se otorgó estando aquél en situación de detenido en Comisaría y sin la presencia del Letrado de Oficio que había sido solicitada al informársele de sus derechos. En estas condiciones, es aplicable la doctrina de esta Sala que declara la nulidad del consentimiento prestado al tratarse de un consentimiento viciado y carente de eficacia por cuanto la presencia de Abogado garantiza los derechos del detenido y se configura como elemento de legitimación de la autorización concedida y garante de la libertad decisoria del interesado y de su información sobre esa decisión».

(43) Se refleja tal criterio, por ejemplo, en la STS, Sala 2.^a, de 27.11.2000 (ROJ: STS 8666/2000; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar) que señala que «cuando se trata de prestar el consentimiento a la entrada y registro del domicilio, la jurisprudencia ha distinguido según se encuentre o no detenido el titular del derecho que va a ser afectado, considerando que en caso de detención, tal consentimiento debe prestarse con asistencia letrada». El TS tiene repetido hasta la saciedad la innecesariedad de la presencia de Abogado en SSTS, Sala 2.^a, de 26.10.2004 (ROJ: STS 6804/2004; Juan Ramón Soriano Soriano); 25.06.1998 (ROJ: STS 4255/1998; José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); y 25.02.1996 (ROJ: STS 6652/1996; MP: Gregorio García Ancos), entre otras muchas.

(44) En este sentido RIFÁ SOLER, 2006, p. 312, afirma que «no se exige la intervención de Abogado en la práctica de esta diligencia, por lo que su ausencia no la invalida. Ahora bien, si la diligencia se practica habiéndose producido ya la imputación debe dársele la oportunidad de asistir con Abogado».

4. PRUEBAS RADIOLÓGICAS

Una primera posición jurisprudencial (45) estima que los exámenes radiológicos a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos, en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo, en la medida que suponen una inspección del cuerpo humano inciden directamente en el ámbito de la propia intimidad y como para su práctica es precisa la colaboración de la persona y la privación de su capacidad ambulatoria, ha de estimarse que la situación jurídica de la persona a la que se le somete a este control es en todo equivalente a la de detención, con la consecuencia de serle aplicable el estándar de garantías previsto en el art. 520 LECRIM, es decir, información de sus derechos y presencia de Letrado en toda diligencia policial en que dicha persona vaya a intervenir, y por tanto, presencia del Letrado en el examen radiológico, siendo consecuencia de la inexistencia de estas garantías la nulidad de toda la diligencia con las consecuencias correspondientes.

Una segunda posición (46), que se ha terminado imponiendo, distingue que dicho examen radiológico haya sido voluntariamente acep-

(45) Esta posición ha tenido su reflejo en diversas SSTs. En este sentido, la STS, Sala 2.^a, de 9.10.1998 (ROJ: STS 5763/1998; MP: Enrique Bacigalupo Zapater), absolvió al acusado, súbdito colombiano que había sido condenado por la Audiencia Provincial por un delito contra la salud pública, pues aunque en las dependencias de la Guardia Civil del aeropuerto, prestó su consentimiento para la práctica de la radiografía que permitió descubrir en el interior de su cuerpo la droga transportada, no fue informado de sus derechos antes de ser practicada esta prueba decisiva en su contra, ni tampoco contó con asesoramiento Letrado. Asimismo la STS, Sala 2.^a, de 10.06.1998 (ROJ: STS 3812/1998; MP: José Jiménez Villarejo), consideró que «la ausencia del Letrado en dicha diligencia constituye, sin duda alguna, una infracción de lo dispuesto en el art. 17.3, segundo inciso, de la CE y en el art. 520.2.e) LECRIM». No obstante, en el caso enjuiciado por esta última sentencia, esta evidente irregularidad no produjo indefensión alguna, «puesto que el acusado nunca con posterioridad negó que llevase bolas de cocaína en el interior de su organismo, y la práctica inmediata del examen radiológico determinó desde otro punto de vista, su urgente traslado a un centro sanitario ante el evidente riesgo que suponía la presencia de dicha sustancia en el intestino» y además, «el voluntario sometimiento a un examen por rayos X en modo alguno equivale a una declaración de culpabilidad».

(46) AATS, Sala 2.^a, de 16.03.2006 (ROJ: ATS 2995/2006; MP: Juan Saavedra Ruiz); 12.01.2006 (ROJ: ATS 94/2006; MP: José Manuel Maza Martín); y 28.04.2000 (ROJ: ATS 8567/2000; MP: Andrés Martínez Arrieta), entre otros: «El art. 17 CE consagra como derecho fundamental la libertad y prevé que nadie pueda ser privado de ella salvo en los supuestos que la ley establezca, regulando la LECRIM la detención por razón de delito y otras leyes orgánicas supuestos distintos de privación de libertad en los que no concurre la previa existencia de sospechas racionales de comisión de un delito (cfr. LO de Extranjería, Tratados Internacionales como el de la OACI, art. 420 LECRIM, CC respecto a incapaces, etc.).»

tado por la persona o bien esta se niegue. Para el caso de que la persona acepte voluntariamente el control radiológico, no haría falta ningún otro requisito, ya que sería la exteriorización de una decisión autónomamente aceptada por la persona que voluntariamente acepta, por lo que no sería situación semejante a la detención ni haría falta presencia de Letrado ni lectura de derechos. Si el resultado fuese positivo, es entonces cuando pudiera proceder la detención y lectura de derechos pero salvando el propio examen radiológico que siendo causa de la detención, queda extramuros de ella en virtud de la inicial y voluntaria aceptación del examen, y caso de ser negativo el resultado carecería de toda relevancia quedando relegado a una mera medida de control administrativa sin mayores consecuencias dado su resultado. Para el supuesto de que la persona concernida exprese su oposición al control radiológico, es decir, se niegue al examen, es entonces cuando el agente policial si lo estima justificado a las circunstancias del caso, podrá acordar la detención de dicha persona, y ya en ese *status detentionis*, proceder de conformidad con lo prevenido en el art. 520 LECRIM, del que se deriva la garantía de la presencia del Letrado en el examen radiológico (47).

Cuando los funcionarios encargados de la vigilancia fiscal en un aeropuerto privan de libertad deambulatoria a un viajero para comprobar el cumplimiento de la normativa de represión del contrabando, actúan en virtud de las facultades que el ordenamiento dispone para la vigilancia y entre ellas la privación de libertad deambulatoria. En ese marco se solicita el consentimiento a una exploración radiológica cuyo resultado determinará un distinto contenido de la subsiguiente actuación policial. La localización de efectos que pudieran ser constitutivos de un delito determinará la concurrencia de los presupuestos, conforme al art. 492 de la ley procesal, de una detención por razón de delito. Su ausencia, por el contrario, la finalización de la privación de libertad y, en su caso, del procedimiento de represión del contrabando.

La existencia de los indicios de la comisión de un hecho delictivo surge en el momento de la localización de cuerpos extraños en el intestino del viajero y es esa circunstancia la que determina la detención por razón de delito y, consiguientemente, la información de los derechos prevenidos en el art. 520 LECRIM. Las anteriores sospechas

(47) Según expresa MAGRO SERVET, *La Ley*, p. 1830, «para obtener una radiografía del sospechoso no es preciso practicar detención. Podrían plantearse problemas en los supuestos de oposición de la persona a la que se le debe practicar la radiografía, ya que en este caso se debe obtener autorización judicial del juez de guardia, salvo que exista riesgo para la salud de la persona en cuyo caso las razones de urgencia justificarían la inexistencia de autorización judicial».

que la fuerza policial pudiera tener no suponen los precisos indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo que sí podrían apreciarse tras el examen radiológico. De no entenderlo así, es decir, si se afirmara que el consentimiento a la exploración radiológica requiere la previa información de derechos del art. 520 LECRIM habría de partirse de la previa existencia de indicios racionales de comisión de un delito, precisamente cuando éstos no aparecen en los términos de racionalidad que la norma que habilita la detención por razón de delito exige. Su falta de concurrencia y, no obstante, la detención por razón de delito con información de derechos y el consentimiento prestado con asistencia letrada, determinaría la posible comisión de un delito de detención ilegal y, en todo caso, crearía un espacio de inseguridad especialmente grave (48).

Dos son, por tanto, los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia. En primer lugar, que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE. En segundo lugar, que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. Concurrentes esos dos requisitos no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría del derecho a la asistencia de Letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECRIM (49).

(48) En este sentido, con fecha 5.02.1999, el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a TS adoptó el siguiente Acuerdo: «Cuando una persona –normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero–, se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con información de sus derechos».

(49) Doctrina recogida, entre otras, en STS, Sala 2.^a, de 3.02.2000 (ROJ: STS 729/2000; MP: José Jiménez Villarejo), cuyo análisis aborda GASCÓN INCHAUSTI, *TJ*, pp. 1369-1374.

Además, para facilitar el posterior control judicial de esta situación, que ofrece una dinámica de actuación seriada en la que de forma más o menos rutinaria y aleatoria, los agentes policiales determinan qué personas de las que pasan por el control policial situado en el aeropuerto pueden ofrecer sospechas de ser portadores en sus equipajes o en su cuerpo de drogas, parece conveniente recordar que la presunción de inocencia también opera frente a las actuaciones o decisiones policiales, singularmente frente a aquellas que inciden en la capacidad ambulatoria de las personas limitándola, por lo que es preciso explicitar en el atestado las razones justificadoras de la intervención, eludiendo argumentaciones circulares que se centran en una sospecha indefinida. Asimismo, los agentes policiales, como primeros garantes del cumplimiento de las leyes y en concreto de los derechos de los ciudadanos, deben dejar constancia documental bastante del respeto a tales derechos, de forma que a posteriori se pueda comprobar, en caso de debate al respecto. Las concretas circunstancias y modus operandi de tales controles, y el no infrecuente escaso nivel de conocimiento del idioma, aconsejan un exquisito reflejo documental por parte de los agentes policiales de que en la invitación al control radiológico no existe ningún elemento coactivo difuso que pueda alterar la radical voluntariedad de la decisión de la persona, lo que puede ser de la mayor importancia en caso de posterior examen judicial por existir debate al respecto (50).

No obstante esta doctrina ha sido objeto de alguna matización por el TS (51), desestimando la solicitud del recurrente pidiendo la nulidad de la prueba porque al ser detenido en el aeropuerto y someterlo a una prueba radiológica no se le informó de sus derechos, dado que en tal momento no se disponía de intérprete. Dicho Tribunal estimó que los intentos de localizar a un intérprete para proceder a la lectura de los derechos del detenido fueron exhaustivos por parte de la policía, ante una situación de emergencia, urgencia o fuerza mayor, perfectamente diferenciable de un incumplimiento de lo que en modo alguno podía cumplirse. La obtención de la prueba de cargo no vulneró tal derecho, ya que la sustancia estupefaciente hubiera sido intervenida igualmente de haber conocido el idioma o disponer de intérprete, accediera el ofendido a la prueba de la diligencia o se opusiera a

(50) STS, Sala 2.ª, de 26.01.2000 (ROJ: STS 421/2000; MP: Joaquín Giménez García).

(51) STS, Sala 2.ª, de 3.07.2007 (ROJ: STS 4993/2007; MP: José Ramón Soriano Soriano).

ella (52). En síntesis podemos concluir que lo que no es posible ante una situación de emergencia o de fuerza mayor, es que se dilate una diligencia con peligro para la vida del sujeto deje de practicarse a pesar de la responsabilidad que afectaba a la policía judicial y posteriormente al juez de instrucción.

5. RECONOCIMIENTOS DE IDENTIDAD

La diligencia de reconocimiento es una de las esenciales que normalmente deben practicarse en la fase de instrucción y, en su caso, deberá llevarse a efecto con las garantías previstas en la LECRIM (53), en la medida en que razonablemente puedan ser observadas, pues no siempre es posible hallar a otras personas de circunstancias exteriores semejantes. Pero, en cualquier caso, tiene carácter de subsidiaria, pues únicamente deberá practicarse cuando el Juez de Instrucción tenga dudas sobre la identificación del reo o por el mismo motivo lo pida alguna de las partes, con independencia de que, según ha declarado la jurisprudencia, cabe atribuir el mismo valor probatorio a otras formas de identificación del acusado, a efectos de enervar la presunción de inocencia (54). Así, no es infrecuente la identificación de los responsables de determinados hechos por medio de la prueba lofoscópica, cuando se han logrado revelar sus huellas dactilares en el lugar de los hechos. También cuando la víctima de algún hecho, acompañando a los agentes judiciales, reconoce al autor de la agresión que haya sufrido entre las personas que deambulan por la calle. No es infrecuente tampoco el caso en que la víctima conoce la identidad del autor de los hechos denunciados.

(52) Concluye la STS que «de haber podido entender y comprender lo que se le comunicaba con la lectura de derechos el ciudadano lituano pudo adoptar dos posiciones: acceder a la práctica de la prueba radiológica u oponerse a ella. En el primer caso las cosas se hubieran desarrollado como se desarrollaron en la realidad. En caso de negativa se hubiera comunicado de inmediato al juez instructor de guardia el cual, dada la urgencia del caso y vista la oposición del afectado, ponderando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las diligencias, hubiera podido acordar su práctica imperativamente y por auto motivado. Y sí todavía se resistía físicamente el recurrente, adoptar medidas para controlar la expulsión de las cápsulas, recogiendo el cuerpo del delito»

(53) Arts. 368 y ss.

(54) SSTS, Sala 2.ª, de 21.09.1988 (ROJ: STS 10614/1988; MP: Fernando Díaz Palos); y 18.11.1983 (ROJ: STS 547/1983; MP: José Hermenegildo Moyna Sánchez).

5.1 Reconocimientos fotográficos

En relación a los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación a veces imprescindible, porque no hay otra manera de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor. Entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia del TS (55) como por la del TC (56), con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias. Evidentemente, dicha diligencia originaria de identificación mediante imágenes fotográficas, debería, producirse, dada su innegable trascendencia, con estricto cumplimiento de una serie de requisitos (57), tendentes todos ellos a garantizar la fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas, voluntarias o involuntarias, que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación. En tal sentido, vienen requiriéndose los siguientes requisitos: a) La diligencia se lleve a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, Instructor y Secretario, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarla; b) Se realice mediante la exhibición de un número lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc.), coincidentes con las ofrecidas inicialmente, en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación; c) De ser varias las personas convocadas a identificar, su intervención se produzca independientemente unas de otras, con la necesaria incomunicación entre ellas, con la lógica finalidad de evitar recíprocas

(55) SSTS, Sala 2.ª, de 8.06.2011 (ROJ: STS 4091/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 18.03.2011 (ROJ: STS 1474/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 18.05.2009 (ROJ: STS 3701/2009; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

(56) SSTC 340/2005, Sala 2.ª, de 20.12.2005 (*BOE* núm. 17 de 20.01.2006; MP: Vicente Conde Martín de Hijas); y 36/1995, Sala 1.ª, de 6.02.1995 (*BOE* núm. 59 de 10.03.1995; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

(57) Véase BELLOCH JULBE, 1989, pp. 193-210.

influencias y avalar la apariencia de acierto que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones; d) Los funcionarios policiales se abstengan de dirigir a los participantes en la identificación cualquier sugerencia, o indicación, por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados; e) La documentación de la diligencia deberá incorporar al atestado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma, sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc.) este haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación.

Este proceso se cierra, en dos diferentes fases ya de claro carácter procesal y, por ende, con posibilidad de plenos efectos en este ámbito, ante sendas Autoridades judiciales. De un lado, en nueva rueda, constituida y practicada con respeto a la norma procesal, ante el Juez de instrucción. De otro, con la posterior ratificación e interrogatorio contradictorio al respecto en el acto del juicio oral, a presencia del Juzgador a quien, en definitiva, compete la valoración sobre la credibilidad o el acierto de esa identificación. Por ello el reconocimiento fotográfico, como medio de investigación tiene razón de ser cuando no ha sido señalado ningún sospechoso o cuando ha sido señalado con dudas, con la finalidad de poder identificar a través de este medio al posible autor del delito investigado. Cuando ha sido señalado algún sospechoso con razonable seguridad debe procederse a la búsqueda del mismo para la práctica en su caso de una diligencia de reconocimiento en rueda. Por ello carece de sentido realizar un reconocimiento fotográfico cuando el sospechoso se encuentra detenido, pues en tales casos procede realizar el reconocimiento en rueda (58).

La necesidad de presencia de Letrado en los reconocimientos fotográficos ha sido valorada por la jurisprudencia (59), llegando a la conclusión de que no es precisa ni coherente la presencia de Letrado para asistir a las personas cuyas fotografías van a ser mostradas en una diligencia que pretende identificar, entre múltiples fotografías, a la persona sospechosa de haber cometido un delito, tratándose además

(58) SSTS, Sala 2.ª, de 21.09.2001 (ROJ: STS 7032/2001; MP: Joaquín Delgado García); y 22.12.1998 (ROJ: STS 7817/1998; MP: José Antonio Martín Pallín).

(59) SSTS, Sala 2.ª, de 25.09.2003 (ROJ: STS 6089/2003; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 19.10.1999 (ROJ: STS 6500/1999; MP: José Augusto de Vega Ruiz); y 10.05.1999 (ROJ: STS 4301/1999; MP: Carlos Granados Pérez).

de una simple diligencia de investigación. En este sentido el TS (60) recuerda que no se puede pretender que todas las personas cuyas fotografías sean mostradas estén físicamente presentes y asistidas de Letrado con ocasión de esa exhibición. A salvo quedaría la posibilidad de que se realizase un reconocimiento fotográfico cuando la persona sospechosa ya está detenida. En este supuesto si sería factible admitir que es precisa la presencia del que puede ser reconocido asistido de Letrado, pues cuando existe un sospechoso detenido si se sustrae la diligencia de identificación del control del Abogado defensor, puede comprometerse el derecho de defensa del investigado, si se tiende a sustituir el álbum de fotografías con el número más plural posible de clichés fotográficos por un número más reducido, sin dar oportunidad al Letrado de cómo controlar e impugnar la composición de la muestra fotográfica (61). El incumplimiento de tal formalidad podría provocar la nulidad de la diligencia pero ello no determinaría la nulidad del posterior reconocimiento en rueda cumpliendo las exigencias y garantías legales y constitucionales.

El derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes (62). La exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción.

(60) STS, Sala 2.^a, de 1.03.2002 (ROJ: STS 1447/2002; MP: Joaquín Martín Canivell).

(61) La STC 36/1995, cit., otorgó amparo en supuesto de identificación por fotografías a quien ya se encontraba detenido por falta de neutralidad del investigador, dado que la propia testigo reconoció que ya antes del reconocimiento tuvo ocasión de ver a la acusada y que fue informada por los funcionarios policiales de que esta había sido detenida por la comisión de actos muy semejantes a los que se cometieron en relación con ella.

(62) SSTS, Sala 2.^a, de 29.05.2013 (ROJ: STS 2610/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 17.07.2008 (ROJ: STS 4587/2008; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y 22.09.2003 (ROJ: STS 5599/2003; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

En definitiva, el reconocimiento fotográfico es un medio legítimo de iniciar la investigación policial, pero en modo alguno es medio de prueba por sí solo, para desvirtuar la presunción de inocencia (63). Cuando el art. 520.2 c) LECRIM concede el derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las correspondientes diligencias policiales y judiciales, se está refiriendo a aquellos casos en los que exista una persona detenida, presa o, al menos, directamente inculpada por los hechos concretos que van a ser objeto de las diligencias policiales o judiciales, pero no cuando se desconoce la identidad del sujeto activo del delito que se está investigando, diligencias que se inician precisamente con la exhibición de fotografías a los denunciantes (64).

5.2 Reconocimiento en rueda

En cuanto a la diligencia de reconocimiento en rueda, la LECRIM, arts. 368 a 376, regula el procedimiento o diligencia de identificación por el que se pretende el reconocimiento visual a la persona contra la que se dirijan cargos o imputaciones por razón del delito, por el denunciante, con ciertas garantías que tienden a preservar la espontaneidad y sinceridad de la identificación, derivadas del método exigido, consistente en colocar al que debe ser reconocido entre otras personas de similares características físicas, a fin de evitar que aquel reconocimiento se vea inducido a converger sobre una única persona en virtud de meras apariencias creadas por la diligencia misma. En este sentido los arts. 368 y 369 LECRIM señalan que debería efectuarse poniendo a la vista del que hubiera de reconocer a la persona que haya de ser reconocida, en unión con otras de semejantes características exteriores, sin precisar el número total de integrantes, recogiendo las circunstancias del acto y los nombres de todos los que hubieran participado en la rueda o grupo en la diligencia, si bien cuando el art. 369 LECRIM, exige en cuanto a la rueda que haya «circunstancias exteriores semejantes», respecto de los que integren la rueda, ello no impide el que naturalmente, sean distintos entre sí, aun cuando sí se debe ser riguroso en el registro al protocolo del art. 369 LECRIM, en cuanto a la semejanza de los integrantes de la rueda porque es obvio que una rueda mal constituida por falta de esa semejanza puede

(63) SSTS, Sala 2.ª, de 19.09.1999 (ROJ: STS 6500/1999; MP: José Augusto de Vega Ruiz); y 7.03.1997 (ROJ: STS 1646/1997; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

(64) STS, Sala 2.ª, de 28.06.1992 (ROJ: STS 5189/1992; MP: Gregorio García Ancos).

desembocar en un error de identificación y por tanto en un error judicial (65). De hecho en la práctica son numerosos los supuestos de alegaciones de vulneración del citado art. 369 por razón de la falta de semejanza entre los componentes de la rueda, ante lo que el TS (66) ha puesto de manifiesto que la exigencia de «circunstancias exteriores semejantes» no quiere decir «idénticas», lo que permite una interpretación amplia, de forma que cuando en el sujeto a reconocer concurre una peculiaridad física relevante (estatura, complexión física, edad, gafas, color de pelo, raza o etnias, etc.) que le diferencia de los demás integrantes, en orden a valorar la influencia que ello haya podido tener en la identificación, debe tomarse en consideración todas las circunstancias que lo rodearon.

La inexcusabilidad de la asistencia letrada como condición de validez de una rueda de reconocimiento ha sido reiteradamente declarada por el TS (67) con relación a los detenidos y presos. En ese sentido declara que el art. 520 LECRIM (68), establece el derecho, en favor de toda persona detenida o presa, a designar Abogado para que intervenga en todo reconocimiento de identidad, sin lo cual quedan afectados los derechos constitucionales del detenido, recogidos en los arts. 17.3 y 24 CE, con el efecto consiguiente de tener que considerar la diligencia de reconocimiento en rueda como inexistente e ineficaz para apoyar en ella el juicio de culpabilidad. En análogo sentido señala que la asistencia de Letrado, cuando de detenidos o presos se trata, es decir, de privados de libertad, se convierte en derecho irrenunciable salvo que se investiguen infracciones contra la seguridad del tráfico (69). La asistencia letrada no es en cambio un requisito de validez de las ruedas de reconocimiento que se practican con relación a investigados que, sin estar detenidos ni presos, han sido instruidos previamente de sus derechos según el art. 118 LECRIM, y voluntariamente se somete a la rueda identificativa sin ejercitar su derecho a la asistencia letrada, siempre en el ámbito de la instrucción sumarial propia-

(65) STS, Sala 2.ª, de 3.06.2009 (ROJ: STS 3687/2009; MP: Joaquín Giménez García).

(66) SSTS, Sala 2.ª, de 8.07.2014 (ROJ: STS 3118/2014; MP: Francisco Mon-teverde Ferrer); 8.05.2014, cit.; y 28.09.1999 (ROJ: STS 5881/1999; MP: Roberto García-Calvo Montiel).

(67) SSTS, Sala 2.ª, de 22.05.2001 (ROJ: STS 4217/2001; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); y 21.02.1995 (ROJ: STS 953/1995; MP: Joaquín Martín Canivell).

(68) A partir redacción conferida por la LO 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el art. 17.3 CE, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los arts. 520 y 527 LECRIM (BOE núm. 310, de 28.12.1983).

(69) STS, Sala 2.ª, de 25.06.1993 (ROJ: STS 16261/1993; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

mente dicha y exceptuando por tanto los supuestos en que se trata la práctica de verdadera prueba anticipada destinada a ser valorada por sí misma en el juicio oral, en cuyo caso la asistencia letrada resulta inexcusable.

En definitiva, mientras que el detenido precisa forzosamente de la asistencia de Abogado en toda diligencia de identificación (art. 520 LECRIM), el investigado no privado de libertad tiene derecho a ejercitar su derecho a la defensa actuando en el procedimiento (art. 118 LECRIM) pero puede someterse, si así lo estima oportuno, a una rueda identificativa sin asistencia letrada, no teniendo entonces más valor que el de una mera diligencia sumarial carente de valor probatorio por sí misma, sin perjuicio de la identificación que pudiera hacerse, ya como prueba, en el acto del juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción, con la inexcusable asistencia de la defensa (70). En tal sentido, la doctrina del TS (71) mantiene la exigencia de la presencia letrada en el reconocimiento en rueda, en cuanto tal diligencia debe contener todas las garantías, pero ello no empece a su innecesariedad cuando en el momento cumbre del proceso, donde rigen plenamente los principios de publicidad, concentración e inmediación, el testigo reconoce al acusado con toda rotundidad. En tal caso la verdadera prueba queda integrada por la declaración hecha en juicio oral, con todas las garantías de la intermediación y la contradicción, siendo entonces irrelevante tanto la ausencia de rueda identificativa como la posible inobservancia de las condiciones legales de la practicada en el sumario, puesto que la identificación del juicio oral viene a integrar por sí misma una verdadera y autónoma prueba de cargo valorable por el Tribunal, como testifical. Cuando se trate, no de una formal ratificación de la rueda identificativa sumarial, sino de una reiteración de la identificación, que el testigo repite a la vista del acusado, afirmando que le reconoce en ese momento como el autor del hecho, su validez como prueba no queda afectada por las posibles irregularidades de la rueda identificativa sumarial.

5.3 Toma de fotografías de detenidos

La diligencia por la que los detenidos son obligados a ofrecer distintas poses para la práctica de un reportaje fotográfico fisonómico que sirva de base para la ulterior confección de un dictamen pericial,

(70) En este sentido, MARTÍN PALLÍN, *CDJ*, p. 159.

(71) STS, Sala 2.ª, de 2.02.1996 (ROJ: STS 591/1996; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

puede considerarse algo más que una diligencia de identificación. La actividad indagatoria de reportaje fisonómico puede significar una auténtica inspección y reconocimiento sobre el cuerpo del sospechoso, cuando tenga por objeto la búsqueda y localización de señas sobre la piel y la fisonomía del sujeto: rasgos, forma del cabello, marcas (lunares, tatuajes, agujeros de objetos colgantes o cicatrices, señales de nacimiento o manchas) y detalles diversos de su constitución. Esta diligencia policial tiene, desde luego, mayor grado de injerencia en el espacio de privacidad y/o dignidad reconocible a todo investigado que el que se produce, por ejemplo, en el momento de una reseña dactiloscópica o la toma de fotografías destinadas a su incorporación a un archivo o registro automatizado a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Si bien la práctica de esta diligencia no requiere autorización judicial, en atención a la menor entidad de la injerencia, dado el régimen de privación de libertad de las personas que son sometidas a la misma, sí resulta exigible la asistencia letrada, prevista en el art. 520. 2 c) LECRIM para «todo reconocimiento de identidad» (72). La validez de este razonamiento no queda afectada por el hecho de que la Directiva 2013/48/UE (73) limite en su art. 3.3.c) esa exigencia a los supuestos de práctica de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones del hecho. No ya por su carácter de enumeración de mínimos, tal y como se desprende de la expresión «al menos» que incorpora el propio precepto, sino porque esas instantáneas constituyen elementos de una prueba pericial que, aun confeccionada en fase de investigación, puede resultar decisiva para la identificación de los responsables durante el desarrollo del plenario. Entra en juego así la vigencia del art. 476 LECRIM, que garantiza la contradicción, al menos la posibilidad de hacer valer la contradicción, en la elaboración del dictamen pericial. El legislador no ha querido que el informe pericial sea el resultado de una diligencia que, en la mayoría de las ocasiones, se incorpora a la causa sin el saludable filtro de la contradicción. Es cierto que este principio adquiere su verdadera dimensión en el acto del juicio oral. Sin embargo, el principio de contradicción, con todas las modulaciones que se quiera, no tiene por qué ser desten-

(72) STS, Sala 2.^a, de 7.03.2015 (ROJ: STS 812/2015; MP: Manuel Marchena Gómez).

(73) Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de Letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (*DOUE* núm. L 294 de 6.11.2013)

rado de las diligencias sumariales que luego resultan trascendentes en el plenario. El propio TEDH (74) ha recordado la relevancia del principio de contradicción, incluso en la fase de investigación, en aquellas ocasiones en las que el dictamen pericial elaborado durante la instrucción, haya desplegado luego una influencia decisiva en la apreciación probatoria llevada a cabo por el Tribunal, llegando a estimar violación del derecho a un proceso justo la privación de la posibilidad de contradecir el informe de los expertos. En definitiva, la exigencia de una asistencia letrada efectiva, no puramente nominal, en las diligencias policiales de identificación que vayan más allá de una simple reseña fotográfica o dactiloscópica y que exijan del detenido una colaboración activa con los agentes que están acopiando los elementos de investigación indispensables para el esclarecimiento del hecho, constituye un requerimiento esencial, de modo singular, en aquellos casos en los que mediante esas instantáneas se realizan los primeros actos llamados a integrar el posterior dictamen pericial. Prescindir de ella puede conllevar, en función de las circunstancias que definan el caso concreto, el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías (75).

6. DECLARACIÓN ESPONTÁNEA

En los supuestos en que el detenido, antes de que se persone su Abogado en la Comisaría, ofrezca datos reveladores para el esclarecimiento de los hechos, de forma espontánea, es posible que se tengan en cuenta a los efectos de determinar su participación en el delito enjuiciado. A

(74) STEDH, Sala, de 18.03.1997, Mantovanelli c. Francia (Solicitud núm. 21497/93).

(75) La STS, Sala 2.ª, de 21.11.2014 (ROJ: STS 5170/2014; MP: Julián Artermio Sánchez Melgar), resuelve una alegación referida a la posible vulneración de los derechos de asistencia letrada y presunción de inocencia de un detenido, responsable de dos asesinatos intentados y una agresión sexual, cuya identificación, entre otros elementos de prueba, estuvo respaldada por una fotografía obtenida en comisaría del pene del detenido, cuya morfología había sido descrita por la víctima, expresando a tal efecto que «al practicar las fotografías del detenido se contó con su consentimiento, y aunque no conste si estuvo asistido de su abogado en ese momento, es lo cierto que, en su declaración judicial ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Ciudad Real, con asistencia de letrado, admitió que era cierto que tiene tatuajes en el pecho, en el brazo y en el pene. Luego, una vez declarada la existencia de los tatuajes, con asistencia de letrado y ante el juez, lo que, por cierto, fue puesto también de manifiesto por sus más próximos parientes».

este respecto el TS (76) afirma que no existe obstáculo alguno para que los detenidos en una actuación policial proporcionen datos en caliente, de manera espontánea, libre y directa, que permitan continuar o completar la investigación y practicar detenciones preliminares, siempre que después estos datos se incorporen al atestado con todas las garantías legales y sean contrastados a lo largo de las actuaciones y en el momento del juicio oral. Una declaración espontánea, no supone vulneración de derechos fundamentales, pues en materia de infracción de la legalidad, hay que distinguir entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional, y solo la vulneración de esta última, provoca las consecuencias previstas en el art. 11.1 LOPJ, según la dicción de dicho precepto. Por otra parte, si bien es cierto que el art. 17.3 CE, exige que toda persona detenida debe ser informada de sus derechos, garantizándose la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, sin embargo ninguna ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad e incluso ofreciéndose a colaborar con ellos, cualesquiera que puedan ser los móviles de su conducta o la finalidad perseguida (77), sea para evitar el agotamiento de la acción delictiva (78), sea para evitar la desaparición de los útiles, de los efectos o de los instrumentos de delito (79), sea para evitar la causación de perjuicios a terceras personas o para tratar de disminuir los efectos de la acción delictiva, por cuanto este tipo de conductas, cuya eficacia puede depender en muchos casos de la intervención urgente de los agentes de la autoridad, están expresamente previstas en la propia ley como circunstancias que pueden atenuar la responsabilidad de los delincuentes y que, en todo caso, procede potenciar en cuanto confluentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social (80).

Por tanto, las declaraciones espontáneas de un detenido ante los funcionarios policiales, bien en dependencias policiales, bien en sus traslados, son consideradas aptas para enervar la presunción de ino-

(76) SSTS, Sala 2.ª, de 30.01.2014 (ROJ: STS 217/2014; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 25.09.2013 (ROJ: STS 4786/2013; MP: Carlos Granados Pérez); y 7.02.1996 (ROJ: STS 740/1996; MP: José Antonio Martín Pallín).

(77) SSTS, Sala 2.ª, de 20.03.2013 (ROJ: STS 3064/2013; MP: Antonio del Moral García); 25.01.2007 (ROJ: STS 772/2007; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 12.07.2004 (ROJ: STS 5000/2004; MP: Andrés Martínez Arrieta); y 7.02.2000 (ROJ: STS 796/2000; MP: Luis Román Puerta Luis).

(78) Por ejemplo la posibilidad de informar de la colocación de explosivos programados, de la pretensión de los implicados de matar a determinada persona, etc.

(79) Por ejemplo los casos de depósitos de armas o de explosivos, del cuerpo del delito, etc.

(80) Arts. 21.4.ª, 5.ª y 6.ª CP

cencia por la jurisprudencia (81). Ahora bien, las declaraciones del investigado o de los testigos, prestadas en sede policial y como tales incorporadas al correspondiente atestado, no tienen, por sí mismas, valor probatorio alguno, según reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del TS (82) como del TC (83). Si bien, cosa distinta es que, compareciendo al juicio oral los funcionarios que se encontraban presentes en esas declaraciones, manifiesten, como testigos de ese concreto hecho y con estricto sometimiento a los principios básicos del procedimiento, en especial los de contradicción, inmediatez y defensa, el que las mismas efectivamente se produjeron, ya que si bien el atestado policial no puede erigirse en medio de prueba, los extremos en él contenidos sí que pueden ser objeto de acreditación contradictoria (84). Semejante posibilidad es reconocida en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 28.11.2006, hoy vigente, en el que se afirma que «las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia» (85).

(81) SSTS, Sala 2.^a, de 11.04.2012 (ROJ: STS 3998/2012; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar); 26.01.2009 (ROJ: STS 85/2009; MP: José Antonio Martín Pallín); 12.04.2006; y 23.03.2005 (ROJ: STS 1847/2005; MP: Andrés Martínez Arrieta). Se consideran como tales: la comparecencia voluntaria ante los agentes; la manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito; y la declaración no provocada, seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como, por ejemplo, cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Pero no se pueden considerar como tal las declaraciones que se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, sin Abogado y sin previa información de derechos, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado.

(82) SSTS, Sala 2.^a, de 6.11.2009 (ROJ: STS 7483/2009; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); y 14.06.2007 (ROJ: STS 4531/2007; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

(83) SSTC 7/1999, Sala 2.^a, de 8.02.1999 (BOE núm. 48 de 25.02.1999; MP: Julio D. González Campos); y 153/1997, Sala 2.^a, de 29.09.1997 (BOE núm. 260 de 30.10.1997; MP: Fernando García-Mon y González-Regueral).

(84) SSTC 188/2002, Sala 1.^a, de 14.10.2002 (BOE núm. 271 de 12.11.2002); y 22/2000, Sala 2.^a, de 31.01.2000 (BOE núm. 54 de 3.03.2000; MP: arles Viver Pi-Sunyer).

(85) En este sentido, la STS, Sala 2.^a, de 18.07.2013 (ROJ: STS 4322/2013; MP: José Manuel Maza Martín), afirma el valor y eficacia probatoria de las manifestaciones en su día realizadas en Comisaría, acreditadas por los funcionarios policiales que se encontraban presentes cuando las mismas se produjeron.

Es preciso diferenciar entre lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes de la Policía (86), de lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de Letrado y previa advertencia de los derechos (87). En cuanto a las primeras no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del acusado, si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia *auditio alieno*, y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo – *auditio proprio*– en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo. En este extremo respecto a las manifestaciones espontáneas del acusado fuera del atestado, la doctrina del TS (88) precisa que el derecho a no declarar, que el investigado haya expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación (89), antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. La manifestación que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser concluyentes con los fines de la justicia, en definitiva, del interés social (90). Las manifestaciones que una persona efectúa en sede policial, tras haber sido detenida y antes de ser informada de sus derechos, realizadas voluntaria y espontáneamente, no pueden ser contrarias, sin más, al ordenamiento jurídico, a no ser que dichas manifestaciones fuesen recogidos por escrito en el atestado instruido con motivo de los hechos

(86) SSTS, Sala 2.ª, de 15.10.2014 (ROJ: STS 4622/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 27.06.2014 (ROJ: STS 2819/2014; MP: Carlos Granados Pérez); y 17.10.2000 (ROJ: STS 7460/2000; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

(87) STS, Sala 2.ª, de 22.11.2011 (ROJ: 1236/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(88) STS, Sala 2.ª, de 5.11.2008 (ROJ: STS 6095/2008; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(89) Las SSTEDH de 3.05.2001, JB c. Suiza, (núm. 3 1827/96); y 8.04.2004, Weh c. Austria, (núm. 38544/97), han declarado que el derecho a la no autoincriminación «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».

(90) STS, Sala 2.ª, de 21.01.2005 (ROJ: STS 217/2005; MP: Siro Francisco García Pérez).

y suscritas por el detenido, pues los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales (91). Por ello la jurisprudencia del TS (92) ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral, y ser sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo.

De la anterior doctrina jurisprudencial se puede concluir que si bien las manifestaciones espontáneas de un detenido en sede policial una vez informado de sus derechos, pueden formar parte del acervo probatorio, resulta evidente que en ningún caso podrán ser el único indicio de la participación del acusado. En efecto si se ha afirmado por el TC (93), que las declaraciones autoinculporatorias en sede policial asistido de Letrado, no son una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, y no es posible fundamentar un pronunciamiento condenatorio con exclusivo apoyo en una declaración policial en la que su emisor hubiere reconocido su participación en los hechos que se le atribuyen, y si se ha sostenido con reiteración que las declaraciones heteroinculporatorias de los coacusados, incluso en sede judicial carecen de consistencia plena cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por datos externos (94), mucho menos valor

(91) STS, Sala 2.^a, de 31.10. 2007 (ROJ: STS 6914/2007; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(92) SSTS, Sala 2.^a, de 2.10.2003 (ROJ: STS 5932/2003; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y 25.09.2000 (ROJ: STS 6715/2000; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

(93) SSTC 53/2013, Pleno, de 28.02.2013 (*BOE* núm. 73 de 26.03.2013; MP: Fernando Valdés Dal-Ré); y 68/2010, Sala 2.^a, de 18.10.2010 (*BOE* núm. 279 de 18.11.2010; MP: Elisa Pérez Vera). En igual sentido SSTS, Sala 2.^a, de 17.07.2013 (ROJ: STS 4293/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 21.05.2013 (ROJ: STS 3003/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 6.03.2013 (ROJ: STS 1277/2013; MP: Juan Saavedra Ruiz). 429/2013 de 21.5,

(94) SSTC 134/2009, Sala 1.^a, de 1.06.2009 (*BOE* núm. 159 de 2.07. 2009; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); 125/2009, Sala 2.^a, de 18.05.2009 (*BOE* núm. 149 de 20.06.2009; MP: Pascual Sala Sánchez); y 57/2009, Sala 1.^a, de 9.03.2009 (*BOE* núm. 91 de 14.04.2009; MP: Manuel Aragón Reyes), entre otras.

deben tener estas manifestaciones espontáneas ante agentes de policía, sin asistencia letrada (95).

Asimismo el TS (96) excluye de la consideración de manifestaciones espontáneas las efectuadas por el acusado en presencia policial antes de su declaración formal con asistencia de Abogado, cuando constituyeron en realidad un interrogatorio sin Abogado. Las manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite la jurisprudencia que se valoren probatoriamente, si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la CE establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron, pero en ningún caso la provocaron.

7. PRUEBA DE ESCRITURA

Señala el TS (97) que, según el art. 391 LECRIM, el Juez puede pedir al procesado que escriba a su presencia algunas palabras o frases con el fin de poder luego practicar una pericial o dictamen caligráfico, lo que es muy importante en diversos delitos, principalmente falsedades. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 17.3 y 24.2 CE el investigado puede negarse a hacer ese cuerpo de escritura y ante esa negativa el Juez no puede hacer nada, sino intentar valerse de otras pruebas y hacer constar esa negativa (98). Estos derechos no se refie-

(95) Para CAMPANER MUÑOZ, *SEPIN*, p. 18, las declaraciones testimoniales de los investigadores policiales deben valorarse con suma cautela, en cuanto que surge, de modo inevitable, una sospecha objetiva de parcialidad en las mismas en aquellos casos en los que el policía no ha sido testigo presencial de un hecho por pura casualidad (como mero testigo pasivo), sino que sus declaraciones versan sobre hechos en los que ha intervenido activamente, mediante la realización de actos de investigación (erigiéndose en testigo activo). En este sentido apunta CLIMENT DURÁN, 2005, p. 159, que cabe apreciar en tales casos la posible concurrencia de un cierto interés policial en que el resultado de la expresada investigación se traduzca en una sentencia condenatoria.

(96) STS, Sala 2.ª, de 25.03.2014 (ROJ: STS 1215/2014; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

(97) STS, Sala 2.ª, de 9.11.2011 (ROJ: STS 7598/2011; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(98) STS, Sala 2.ª, de 14.10.2004 (ROJ: STS 6483/2004; MP: Enrique Bacigalupo Zapater), señala que el derecho a no declarar contra sí mismo y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* constituyen derechos reconocidos en el art. 24.2 CE.

ren solo a las declaraciones autoinculpatorias, se refieren también a la inexistencia de obligación alguna del investigado de proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de esta. Por esta razón, no existe obligación del inculpado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pueda servir para la práctica de una pericia caligráfica. El TS (99), tras recordar que la tutela judicial efectiva comporta y significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes mediante la oportunidad de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses, concluye que la asistencia de Letrado no es precisa para formar el cuerpo de escritura, sin que pueda olvidarse que no se trata de una declaración autoincriminatoria sino medio para verificar una pericial técnica de resultado incierto y, por consiguiente, como tiene declarado el TC (100), no está cubierto ni amparado por el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Parece obvio que la presencia letrada en el momento de realizarse el cuerpo de escritura es innecesaria, pues poco o nulo asesoramiento puede ser prestado, al tratarse de una diligencia estrictamente material y personalísima. Igualmente el Letrado podrá solicitar posteriormente la práctica de otra pericia distinta, por peritos de su elección o la ampliación o ratificación de la ya practicada, con lo cual se desvanece la posibilidad de una indefensión absoluta e insubsanable (101). En la elaboración del cuerpo de escritura la única presencia inexcusable es la del Letrado de la Administración de Justicia, que advierte y constata la realización del cuerpo de escritura y la veracidad de cuanto expone en la diligencia correspondiente como titular que es de la fe pública judicial. El hecho de prestarse a realizar un cuerpo de escritura para una prueba pericial caligráfica no constituye una diligencia de declaración ni, menos aún, una autoinculpación, por lo que no afectan a esos derechos fundamentales de orden procesal del art. 24.2 CE relativos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables (102). En ese momento de la obtención del cuerpo de escritura ni siquiera se sabe cuál va a ser el resultado de la prueba. La práctica de esta diligencia no constituye

(99) SSTS, Sala 2.ª, de 20.10.2004 (ROJ: STS 6607/2004; MP: Joaquín Delgado García); y 5.06.1998 (ROJ: STS 3683/1998; MP: Carlos Granados Pérez).

(100) SSTC 234/1997, Pleno, de 18.12.1997 (BOE núm. 18 de 21.01.1998; MP: Julio Diego González Campos); 161/1997, Pleno, de 2.10.1997 (BOE núm. 260 de 30.10.1997; MP: Carles Viver Pi-Sunyer); y 107/1985, cit.

(101) STS, Sala 2.ª, de 26.11.1998 (ROJ: STS 7071/1998; MP: José Augusto de Vega Ruiz).

(102) SSTS, Sala 2.ª, de 3.06.2014 (ROJ: STS 2665/2014; ROJ: STS 2665/2014; MP: Ana María Ferrer García); y 21.05.2013, cit.

actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos sino simple pericia de resultado incierto que con independencia de que su mecánica comitiva no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligación de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente su propia imputación penal ya que quien se ha sometido a estas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad sin límite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. En definitiva, la presencia del Letrado en el momento de formación material del cuerpo de escritura no es imprescindible en tanto que no supone modificación alguna de las posibilidades de defensa, dada la naturaleza y características de la diligencia (103).

8. TOMA DE MUESTRAS DE ADN

La incorporación de los avances de la tecnobiología al campo de la prueba penal, en concreto, del representado por la determinación y el examen del ADN a partir de los restos del material biológico eventualmente dejados por el autor o autores del delito en la víctima o en el escenario del mismo, ha supuesto un cambio de trascendencia ciertamente revolucionaria en los procedimientos de investigación, suscitando, a la vez, interrogantes jurídicos de no pequeño calado (104). De un lado, porque, en virtud de esas técnicas, el investigado se convierte en objeto pasivo de la averiguación probatoria, llevada a cabo ahora con medios extraordinariamente incisivos en su esfera más personal, en la medida en que están dotados de una capacidad de hacer hablar al cuerpo humano, en su materialidad, con una locuacidad inédita y en

(103) SSTS, Sala 2.^a, de 10.02.2009, (STS 607/2009; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); 20.10.2004, cit.; y 7.02.2002 (ROJ: STS 1609/2002; MP: Andrés Martínez Arrieta).

(104) Si en los comienzos y a consecuencia precisamente de la incidencia de esta prueba en los derechos fundamentales y el necesario respeto al principio de proporcionalidad se consideró indispensable la convergencia de indicios de racionalidad suficientes, en la actualidad este requisito se ha atenuado notablemente derivando en la mera conjunción de sospechas en torno a una persona. La regulación española puede considerarse un buen ejemplo de esta tendencia, en cuanto el art. 363.3 LECRIM se refiere a la obtención de muestras biológicas del sospechoso, que conforme expresa SOLETO MUÑOZ, 2013, p. 338, «no dejaría de ser una (...) persona que tiene probabilidades de ser imputada, de la misma manera que el imputado las tendría de ser acusado».

términos de una extraordinaria fertilidad informativa, que podría ser eficazmente de cargo. De otro lado porque, precisamente por esto, tales medios y procedimientos inciden con la misma extraordinaria capacidad, en la esfera jurídica del sujeto, y podrían hacerlo prescindiendo incluso de su colaboración. Siendo así, es claro, comprometen sensiblemente la libertad personal, en todas sus implicaciones.

Como premisa de partida desde el punto de vista funcional es necesario precisar que el ADN puede clasificarse como codificante en referencia a los genes con información para la síntesis de proteínas, y no codificante en referencia a las regiones de ADN cuya secuencia no aporta información directa para la síntesis de proteínas y por lo tanto de su estudio no se obtiene información alguna de las características físicas o fenotípicas del sujeto (predisposición individual de padecer enfermedades de base genética) (105). Los marcadores del ADN codificante aportan una información excesiva e íntima del sujeto: su huella o herencia genética, rasgos físicos, enfermedades congénitas o predisposición a contraer determinadas enfermedades. El conocimiento de esta información afecta sin discusión a la intimidad de la persona. El perfil del ADN no codificante consiste en cambio en una serie de números que confirman un código anónimo diferenciador de los que no se puede descubrir ningún dato relativo al contenido genético de la persona. De hecho la información que aportan carece de valor hasta ser contrastada con otro perfil procedente de muestra dubitada. La LO 10/2007 (106), a efectos de identificación los análisis de la cadena de ADN, se ciñe al estudio de los marcadores del ADN no codificante, que solo contienen información sobre identidad y sexo (107).

(105) Véase ETXEBERRIA GURIDI, 2000, pp. 61 y 190. En igual sentido, SOLETO MUÑOZ, 2009, pp. 102 y ss.; e IGLESIAS CANLE, 2003, pp. 18 y ss.

(106) LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (BOE núm. 242, de 9.10.2007). Como advierte PRIETO RAMÍREZ, *La Ley*, p. 26, debería haberse afrontado de forma coherente una reforma de la LECRIM. Para FIGUEROA NAVARRO, *La Ley*, p. 11, esta LO, si bien ha venido a despejar algunas dudas, ha desaprovechado la oportunidad de establecer una regulación más específica y adecuada sobre la materia.

(107) La Exposición de Motivos de esta Ley indica que «esta regulación contiene una salvaguarda muy especial que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que solo podrán ser suscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores exclusivamente de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar– y del sexo, pero en ningún caso los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética». Y en el art. 4 de la Ley se insiste en que solo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en la Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionan exclusivamente información reveladora de la identidad de la persona y su sexo (ADN no codificante) pero no los perfiles que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.

Efectuada esta precisión previa hemos de partir de las siguientes distinciones fundamentales: En primer lugar, si se trata de recoger muestras genéticas abandonadas, o si por el contrario se hace preciso para su extracción un acto de injerencia corporal. Asimismo, dentro de este segundo supuesto, una cosa es la obtención de ADN identificativo para comparar en la averiguación de un delito concreto en el que tal dato puede ser primordial, al ser el detenido sospechoso y haberse encontrado restos biológicos en el lugar de los hechos o en la víctima, y otra cosa es la obtención de aquel ADN de un detenido, con su consentimiento, para elaborar una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención.

8.1 Muestras abandonadas

Cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la policía judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial (108). A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. En este sentido se pronuncia el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a TS de 31.01.2006, conforme al cual «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial» (109). Esta tesis es plena-

(108) El art. 326 LECRIM establece que el Juez adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de las muestras se cotejen en las circunstancias que aseguren su fiabilidad. Para ROMEO CASABONA, 2010, p. 93, lo que realmente se establece en la literalidad de este precepto es que «la recogida, custodia y examen de esas muestras o vestigios deberá contar con la autorización y control judicial, sin perjuicio, naturalmente de que todo ello se lleve a cabo con la diligencia y cautela exigibles».

(109) Este Acuerdo ha sido aplicado en numerosas SSTS, pudiéndose citar al efecto las SSTS, Sala 2.^a, de 3.12.2009 (ROJ: STS 7710/2009; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); 27.06.2006 (ROJ: STS 4075/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 20.12.2006 (ROJ: STS 8275/2006; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

mente congruente con el art. 126 CE, que impone a la Policía Judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 LECRIM, que faculta a la Policía Judicial para «recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial». Se trata, en definitiva, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECRIM atribuyen a la Policía Judicial y que el art. 11.1.g) LO 2/1986, otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En suma, el descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre u otras actuaciones de similar naturaleza, son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas habrán de acceder al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de pruebas (110).

En estos supuestos, es decir, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio investigado, no será exigible la asistencia letrada, aun detenido, tal y como reiteradamente mantiene la jurisprudencia del TS (111). En estas circunstancias será más fácil para la Policía Judicial acudir al subterfugio de las muestras abandonadas, incluso provocando su abandono, simplemente, por ejemplo, invitando a fumar al sospechoso para luego recoger su colilla abando-

(110) Esta interpretación jurisprudencial, que buscaba integrar la estricta literalidad de los arts. 326 y 363 LECRIM con los principios constitucionales que informan nuestro sistema de investigación y enjuiciamiento, se ha visto confirmada por la ya citada LO 10/2007, que en su DA 3.ª, a la que el propio texto adjudica el carácter de ley orgánica, establece que «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECRIM».

(111) SSTS, Sala 2.ª, de 3.12.2015 (ROJ: STS 5117/2015; ROJ: Manuel Marchena Gómez); 10.07.2013 (ROJ: STS 4006/2013; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca); y 25.10.2011 (ROJ: STS 7287/2011; Manuel Marchena Gómez), entre otras.

nada u ofreciéndole un vaso de agua para luego recoger sus restos de saliva (112), que impetrar el auxilio judicial (113). La situación actual conduce a prever que el recurso a las muestras abandonadas se acabará imponiendo en la práctica, máxime cuando las actuales investigaciones sobre el ADN permiten su análisis en restos genéticos cada vez menores (114). En cualquier caso, la recogida de la muestra tiene en todo caso y como finalidad inmediata el análisis de la misma de cara a la obtención del perfil biológico, por lo que corresponderá siempre a la autoridad judicial ordenar la realización del análisis de la muestra (115).

(112) Así, por ejemplo, el 13.08.2010, el diario *El País* informaba que el ADN que se recogió en la Audiencia Nacional de una botella de agua de la que bebió el acusado del asesinato del jefe de la Policía Municipal de Andoain (Guipúzcoa), tras su comparecencia ante el Juez, coincidía con el que se encontró en la taza de café que bebió en el bar el asesino mientras esperaba que se vaciara el local donde estaba desayunando la víctima. Con anterioridad se habían obtenido otras muestras indubitadas del sospechoso de otra botella de agua que había dejado abandonada en la barra del bar donde se la había bebido. Prueba de ADN que resultó esencial para la condena del acusado, tal como es de ver en la STS, Sala 2.ª, de 9.07.2012 (ROJ: STS 4844/2012; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar), desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria SAN, Sala 1.ª, Sec. 3.ª, de 7.12.2011 (ROJ: SAN 5452/2011; MP: M.ª de los Ángeles Barreiro Avellaneda).

(113) A favor de esta práctica, ARMENTEROS LEÓN, *La Ley*, p. 1887.

(114) Las técnicas actuales de análisis genéticos, cada vez más sensibles, permiten incrementar el tipo y el número de posibles muestras biológicas susceptibles de ser identificadas por ADN. No en vano, cualquier célula sirve para identificar a una persona, como advierte LORENTE ACOSTA, 2004, p. 16.

(115) Esta también parece ser la opción del ordenamiento alemán, cuyo art. 81 StPO prevé la realización de análisis sobre muestras obtenidas directamente del cuerpo del interesado y sobre vestigios encontrados, si bien la competencia para ordenar dichos análisis compete exclusivamente al juez. A estos efectos hemos de traer a colación la STC 199/2013, Pleno, de 5.12.2013 (*BOE* núm. 7 de 8.01.2014; MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), que versa sobre los siguientes hechos: La Policía Autónoma vasca practica un análisis de ADN a partir de la recogida subrepticia de un esputo arrojado en una celda por una persona detenida como sospechosa de la comisión de un hecho delictivo en el marco de la *kale borroka*. Sin mediar autorización judicial, el ADN obtenido tras el análisis de la muestra fue posteriormente cotejado con un perfil genético obtenido a partir de los restos biológicos hallados en una prenda encontrada en el lugar de la comisión del delito investigado. Una vez obtenidos los resultados e identificado el sospechoso como autor de los hechos, el análisis fue puesto a disposición judicial para su incorporación al proceso. Los órganos judiciales ordinarios validaron la actuación policial carente de intervención judicial, dando lugar a sentencia condenatoria sobre el luego recurrente en amparo ante el Constitucional. Esta STC concluye que no se requiere autorización judicial para obtener perfil de ADN meramente identificador respecto a vestigios abandonados por el sospechoso; que existe una escasa incidencia material en su intimidad por realizarse el análisis sobre regiones no codificantes de ADN y para una

8.2 Muestras cuya obtención requiera un acto de intervención corporal

Cuando se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del investigado, el consentimiento de este actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del investigado o este niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. En estos supuestos, a efectos de determinar la necesidad o no de la asistencia letrada en la prestación del consentimiento, hemos de distinguir si el investigado se encuentra o no detenido, y asimismo, caso de encontrarse detenido, habremos de diferenciar según sea la finalidad a la que pretende ser destinada la muestra obtenida, la investigación de un delito concreto o su inclusión en la base datos creada por la LO 10/2007.

comparación neutral y exclusivamente identificativa del perfil del ADN; y asimismo una nula afectación al derecho a la autodeterminación informativa ya que la identificación del acusado no se produjo por incorporación del perfil genético a una base de datos de personas sospechosas sino de su comparación con los perfiles de personas desconocidas a partir de los vestigios hallados en el lugar de los hechos delictivos. En la misma se formularon dos votos particulares. En el primero (Adela Asua Batarrita), se concluye, tras analizar la legalidad constitucional de la toma subrepticia de muestras biológicas de un detenido para contrastar prospectivamente con muestras anónimas tomada con ocasión de la comisión de otros hechos delictivos, y tras analizar si resulta correcta la evitación del control judicial del acto investigador aplicable por uso analógico del único precepto vigente a la fecha de los hechos con aptitud para amparar la actuación –art. 363 LECRIM en redacción vigente a la fecha de los hechos–, lo siguiente: la realización de los análisis de las muestras de saliva ordenadas por la policía sin contar con habilitación legal al efecto, supuso una invasión de la esfera privada del recurrente, llevada a cabo sin su consentimiento ni su conocimiento, sin autorización judicial y sin haberse acreditado la urgente necesidad de la intervención policial y no habiéndose emitido en las resoluciones impugnadas juicio alguno acerca de la proporcionalidad de la medida adoptada, por lo que habría que haber concluido que se lesionó el art. 18.1 CE, en relación a la intimidad personal, así como el derecho a un proceso con todas las garantías al haberse utilizado el análisis de ADN como elemento probatorio en el proceso. En el segundo voto particular (Andrés Ollero Tassarra) se señala que la sentencia ha perdido una estúpida oportunidad para sentar doctrina sobre la posible incidencia en la protección derivada del art. 18.4 del almacenamiento de datos personales de titular no identificado, pero recogidos precisamente para hacer posible su identificación, sin la exigible cobertura legal. La alusión a que «tampoco consta que el perfil haya sido utilizado para una finalidad distinta de aquella para la que se obtuvo» resulta poco inteligible, por no existir ley previa que indicara cuál habría de ser dicha finalidad.

8.2.1 INVESTIGADO NO DETENIDO

La expresión del consentimiento cuando el investigado no se encuentre detenido no precisará la asistencia de Letrado (116), tal y como se desprende del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 24.09.2012, conforme al cual «la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de Letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial. Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de Letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción» (117).

La alegación de falta de consentimiento exigirá al investigado demostrar que la actuación del Estado a través de los agentes de policía desbordó el espacio de intimidad que toda persona, detenida o no, preserva frente a los poderes públicos. La oposición del investigado ha de constar de forma inequívoca (118). Afirmar que no se consiente y, pese a todo, permitir la toma de una muestra salival mediante torunda, se concilia mal con la reivindicación de la propia intimidad supuestamente vulnerada. La prestación del consentimiento puede ser, no sólo tácita, sino también mediante actos concluyentes (119). El

(116) ROMEO CASABONA, 2010, p. 194, propone que su presencia sea preceptiva cuando el investigado así lo demandare.

(117) Para RICHARD GONZÁLEZ, *La Ley*, p. 4, no debemos tener en cuenta lo establecido en este Acuerdo, «en tanto que carece de sentido, ya que de ningún modo el derecho de defensa del sospechoso detenido puede quedar mediatizado por lo establecido en este Acuerdo».

(118) Para DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, 1997, p. 264, el consentimiento del sujeto afectado por la medida ha de ser libremente prestado y consciente de sus efectos, lo que se garantiza además con la asistencia de abogado, pues en otro caso se podría tratar de un consentimiento viciado que haría la prueba ineficaz o nula. GUZMÁN FLUJA, 2006, p. 359, justifica la presencia de la defensa letrada por la mayor garantía que ello supone para la posición del inculcado en cuanto toma conocimiento directo de los procesos y resultados y puede sobre la marcha hacer las observaciones y sugerencias que crean oportunas, pedir la repetición de los análisis si es posible, solicitar la aplicación de otras técnicas.

(119) Así, en la STC 196/2004, Sala 1.^a, de 15.11.2004 (*BOE* núm. 306 de 21.12.2004; MP: Javier Delgado Barrio), en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, se reconoce no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad. También llegan esta conclusión las SSTC 22/1984, Sala 2.^a, de 17.02.1984 (*BOE* núm. 59 de 9.03.1984; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), y 209/2007, de 24 de septiembre, en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE,

alcance del consentimiento del interesado, cuando de lo que se trata es de aceptar voluntariamente una relación de los mecanismos de exclusión que cada uno de nosotros define frente a terceros y los poderes públicos, ha sido también abordado por la jurisprudencia constitucional (120) expresando que «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (121), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (122). Este criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis CP. De ahí que cobra especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas, cuando ya es inviable el contraste, basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado.

8.2.2 OBTENCIÓN DE ADN DEL DETENIDO PARA LA AVERIGUACIÓN DE UN DELITO CONCRETO

Frente a la doctrina anterior (123), que había declarado que la asistencia letrada únicamente es preceptiva en «aquellos casos en que la Ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente» y por lo tanto no venía exigiendo la asis-

manifestando en la primera que este consentimiento no necesita ser expreso, y en la segunda que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito.

(120) SSTC 173/2011, Sala 2.ª, de 7.11.2011 (BOE núm. 294 de 7.12.2011; MP: Eugeni Gay Montalvo); 196/2006, Sala 1.ª, de 3.07.2006 (BOE núm. 185 de 4.08.2006; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); y 83/2002, Sala 1.ª, de 22.04.2002 (BOE núm. 122 de 22.05.2002; MP: Pablo García Manzano).

(121) STC 159/2009, Sala 2.ª, de 29.06.2009 (BOE núm. 181 de 28.07.2009; MP: Vicente Conde Martín de Hijas).

(122) SSTC 70/2009, Sala 1.ª, de 23.03.2009 (BOE núm. 102 de 27.04.2009; MP: María Emilia Casas Baamonde); y 206/2007, Sala 1.ª, de 24.09.2007 (BOE núm. 261 de 31.10.2007; MP: Manuel Aragón Reyes).

(123) Recogida entre otras en SSTC 32/2003, cit.; y SSTS, Sala 2.ª, de 20.04.2012 (ROJ: MP: José Manuel Maza Martín); 3.12.2008 (ROJ: STS 7078/2008; MP: Joaquín Delgado García); 12.07.2005, cit.; 2.04.2004, cit.; y 16.05.2003, cit.

tencia letrada en la toma de muestras al detenido con su consentimiento, a partir de la STS de 7.07.2010 (124) se suceden pronunciamientos jurisprudenciales (125) en esta materia, en los que, a modo de *obiter dicta*, se exige la asistencia letrada al detenido para que preste consentimiento para la obtención de muestras biológicas para análisis de ADN. En estos supuestos, por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, esta línea jurisprudencial entiende que el consentimiento del afectado debe ser consentimiento asistido (126), pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser inculpativo, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio (127). Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria, importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole. Tal es también, en general, el punto de vista del TS (128), en lo relativo a la validez del consentimiento prestado por el detenido, cuando de él depende la afectación

(124) STS, Sala 2.ª, de 7.07.2010 (ROJ: STS 3971/2010; MP: Manuel Marchena Gómez).

(125) Este criterio ha sido seguido en las SSTS, Sala 2.ª, 10.12.2013, cit., que mantiene con rotundidad que «en suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la determinación de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24.2 CE). Así se desprende además de lo previsto en el art. 767 LECRIM»; 9.05.2011 (ROJ: STS 3334/2011; MP: Luciano Varela Castro); 25.10.2011, cit.

(126) Por todas, SSTS, Sala 2.ª, de 23.10.2001 (ROJ: STS 8181/2001; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); y 21.01.1999 (ROJ: STS 219/1999; MP: Eduardo Moner Muñoz).

(127) STS, Sala 2.ª, de 11.11.2014 (ROJ: STS 4722/2014; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez).

(128) SSTS, Sala 2.ª, de 7.07.2010, cit.; y 25.10.2011, cit., en el sentido de «la exigencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético». Es lo que explica el énfasis advertible en dos expresivos pasajes de esta última STS. A saber, el que resalta «la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva», dado que la incorporación al registro policial «no es cuestión menor». Y el que reza, «en suma, conviene insistir en la exigencia de la asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesario para la definición de su perfil genético».

a alguno de sus derechos fundamentales. Y esta es igualmente la opción acogida por el prelegislador de 2013, que en el art. 284 de la Propuesta de Texto Articulado de Código Procesal Penal (129), que regula las intervenciones corporales, prevé que aquellas «intervenciones corporales que tengan por objeto la toma de muestras destinadas a la práctica de análisis médicos o biológicos y que no exijan acceder a zonas íntimas, podrán ser realizadas si el sospechoso prestare su consentimiento. Si se hallare cautelarmente privado de libertad, el consentimiento habrá de prestarse con asistencia y previo asesoramiento de Letrado». Sin embargo, la línea jurisprudencial citada no era del todo uniforme, pues otras resoluciones (130) no han exigido la asistencia letrada con la misma rotundidad. El diferente planteamiento dado por el propio TS dio lugar a que la cuestión fuera objeto de debate y al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24.09.2014 que estableció que «la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de Letrado cuando el imputado se encuentre detenido y, en su defecto, autorización judicial».

8.2.3 OBTENCIÓN DE ADN DEL DETENIDO PARA SU INCLUSIÓN EN UNA BASE DE DATOS

En el caso de la obtención del ADN de un detenido, con su consentimiento, para elaborar una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención, existe una corriente jurisprudencial del TS (131), conforme a la cual la toma de muestras de ADN mediante frotis bucal no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos, entendidos estos como identifica-

(129) Presentado por el Ministerio de Justicia con fecha 25.02.2013.

(130) Así la STS, Sala 2.^a, de 10.10.2013 (ROJ: STS 5078/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) dice: «es cierto que *obiter dicta* diversas sentencias de esta Sala Segunda, SSTs 685/2010 de 7.7, 353/2011 de 7.7, 827/2011 de 25.10, se refieren a que en caso de detenidos es necesario que éstos cuenten con asistencia letrada para prestar el consentimiento, aun cuando la STS 1204/2012 de 14.2 recuerda que el TS solo se ha pronunciado sobre la cuestión de la validez probatoria de la pericia cuando la muestra ha sido obtenida sin la intervención de un letrado asesor del imputado de forma más bien incidental, sin tener en cuenta en ninguna de ellas la validez probatoria de la pericia cuando la muestra ha sido obtenida sin intervención de letrado al no ser la misma la prueba inculminatoria de cargo».

(131) STS, Sala 2.^a, de 9.10.2013 (ROJ: STS 5078/2013; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

ción genética de ADN no codificante (132), salvo levemente al derecho a la intimidad, el cual puede verse limitado en aras a la investigación penal, incluso sin autorización judicial (133). Para este sector jurisprudencial es irracional pensar que esta toma de muestras afecta al derecho a la integridad física, olvidando que esta tiene un contenido más trascendente que el mero desprendimiento del frotis bucal de unas microscópicas células, las cuales con frecuencia se desprenden del cuerpo humano sin ninguna intervención corporal en el procedimiento permanente de regeneración celular que tiene el organismo humano. La LO 10/2007 tanto en su exposición de motivos, que compara la huella genética con la huella dactilar, como en su articulado, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la inscripción en la base de datos de ADN no codificante a los solos efectos identificativos (134), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan revelarse otros datos genéticos (enfermedades, antecedentes familiares, etc.) (135).

En lo que hace al régimen jurídico de la toma de muestras biológicas a detenidos para la determinación del perfil genético no codificante y su inscripción en la correspondiente base de datos, la Recomendación núm. 1 (1992) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, sobre la utilización del análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la Administración de Justicia Penal (136), no contempla la asistencia letrada. Tampoco los arts. 326, 363, y 778,3.º LECRIM, ni la DA 3.ª LO 10/2007. La Directiva 2013/48/UE (137) consideran preceptiva esa asistencia

(132) SSTS, Sala 2.ª, de 22.02.2010 (ROJ: STS 913/2010; MP: Manuel Marchena Gómez); 4.10.2006 (ROJ: STS 6190/2006; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); y 14.10.2005 (ROJ: STS 6158/2005; MP: José Antonio Martín Pallín).

(133) SSTS, Sala 2.ª, de 15.03.2006 (ROJ: STS 2148/2006; MP: Carlos Granados Pérez); 14.04.2005 (ROJ: STS 2299/2005; MP: Andrés Martínez Arrieta); y 9.02.2001, cit.

(134) Conforme al art. 4 LO 10/2007 «sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo».

(135) Según ROMEO CASABONA, 2010, p. 30, los perfiles de ADN indican, entre otras informaciones de carácter personal, el sexo de la persona, su etnia y su filiación y/o paternidad e, incluso, tratándose de marcadores no genéticos, pueden aportar pistas muy relevantes sobre anomalías, enfermedades o patologías del sujeto examinado.

(136) Aprobada por el Comité de Ministros el 10.02.1992 en la 470.ª reunión de Ministros adjuntos.

(137) Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.10.2013, sobre el derecho a la asistencia de Letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que

para la obtención de muestras biológicas de detenidos, cuya previsión con ese carácter sí se recomienda a los estados miembros en el caso de ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucciones de los hechos. Del examen del referido Acuerdo del Pleno de la Sala 2.^a TS y de la jurisprudencia del TS puede concluirse que la asistencia letrada solo es exigible en los supuestos en que la ley lo prevea, y esta previsión no concurre en el caso de la prestación del consentimiento para la toma de muestras biológicas para la determinación del ADN no codificante, con destino al registro de referencia (138).

La toma de muestra de ADN no codificante no es un interrogatorio ni un reconocimiento de identidad (139), solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial. Por ello, no es equiparable a la asistencia letrada al detenido cuando se le solicita el consentimiento para la entrada y registro domiciliario, que la jurisprudencia exige porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar a la articulación de su defensa en ese concreto proceso penal en que está detenido, por lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y el alcance del acto de naturaleza procesal que realiza (140). Además el resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido con el dubitado (141) y altamente desfavorable si se aprecia su coincidencia en unos índices muy altos (142). En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente incriminatoria, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial. De ahí que si es

se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (*DOUE* núm. L 294/1 de 6.11.2013).

(138) DOLZ LAGO, *La Ley*, p. 2, (Fiscal del TS y miembro de la Comisión Nacional para uso de ADN), se muestra contrario a la exigencia de asistencia letrada al detenido para recabar el consentimiento en la toma de muestras para inclusión en la base.

(139) Véase por ejemplo, la forma analógica jurisprudencial TC sobre pruebas de alcoholemia, desde la STC 103/85, Sala 2.^a, de 4.10.1985 (*BOE* núm. 265 de 5.11.1985; MP: Jerónimo Arozamena Sierra).

(140) SSTS, Sala 2.^a, de 2.12.1998, cit.; y 16.05.2000, cit.

(141) SSTS, Sala 2.^a, de 9.10.2013, cit.; 2.02.2010 (ROJ: STS 925/2010; MP: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); y 16.07.2009 (ROJ: STS 4850/2009; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

(142) Expresado desde la primera sentencia de la Sala 2.^a del TS sobre el ADN, STS, Sala 2.^a, de 13.07.1992 (ROJ: STS 14808/1992; MP: Enrique Ruiz Vadillo).

ambivalente, y puede también favorecer al detenido no debería extermarse las garantías derivadas de la asistencia letrada (143).

Recientemente el TC (144), en un supuesto en el que a un detenido en Comisaría se le realizó un frotis bucal con un hisopo de algodón, con su consentimiento pero sin presencia de Abogado, tras descartar la vulneración del derecho a la intimidad personal en relación a la queja de no haber estado asistido de Letrado durante la diligencia de obtención de la muestra biológica, declaró que el detenido fue informado de su derecho a ser asistido de Letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestra biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó su presencia, y concluyó desestimando la queja en relación con el derecho a la intimidad personal, y el derecho a la asistencia letrada.

El citado Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS contiene un segundo pronunciamiento según el cual, la protesta de invalidez de la inclusión en el registro del ADN de un sujeto, basada en la falta de asistencia letrada a este en el momento de prestar su consentimiento para la obtención del material biológico con esa finalidad, solo será atendible y producirá efectos en otra causa cuando ese cuestionamiento se haya producido durante la fase de instrucción (145). La razón de ser de esta exigencia (146) es doble, pues por un lado guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrado en el art. 11.1.º LOPJ, que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales. Y, por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la DA 3.^a LO 10/2007 el

(143) SOLETO MUÑOZ, 2009, pp. 112 y 113, afirma que la condición de imputado otorga el derecho de defensa a la persona que soporta la investigación penal, que incluye el derecho de asistencia letrada. El sospechoso, conforme a la LECRIM no gozará de tal derecho. De este modo, la falta de necesidad de asistencia de abogado para la prestación de consentimiento, se justifica en la poca relevancia de la toma de muestras.

(144) STC 135/2014, Sala 1.^a, de 8.09.2014 (BOE núm. 243 de 7.10.2014; MP: Luis Ignacio Ortega Álvarez).

(145) En realidad, este Acuerdo tiene idéntico fundamento de principio que el de fecha 26.05.2009, según el cual, cuando la legitimidad de la información de cargo obtenida merced a un medio probatorio, dependa de la de los antecedentes de este producidos en otra causa, el interesado en cuestionarla deberá hacerlo en un momento procesal que permita someter el asunto a un debate contradictorio.

(146) Exigencia expresada, entre otras, en SSTS, Sala 2.^a, de 24.06.2010 (ROJ: STS 3856/2010; MP: Andrés Martínez Arrieta); 22.02.2010, cit.; y 4.02.2003 (ROJ: STS 651/2003; MP: José Antonio Martín Pallín).

recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma.

En definitiva, para esta corriente jurisprudencial expuesta, puede concluirse que el consentimiento para la toma de muestras biológicas encaminada a la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justificó la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores a partir del ADN, no requiere la asistencia letrada. No obstante la falta de asistencia letrada permitirá al afectado ejercer, conforme a la legislación reguladora del derecho de protección de datos, los derechos de información, acceso y cancelación del asiento practicado (147). Los datos que obren en el Registro y no hayan sido objeto de cancelación podrán ser utilizados con fines de identificación en procesos penales ulteriores en los que la determinación del perfil genético resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria. Impugnación que deberá verificarse en fase de instrucción y no en el acto del juicio oral (148).

Encontramos otra línea jurisprudencial del TS (149) conforme a la cual el acceso a la base de datos creada por la LO 10/2007, solo puede tener lugar, válidamente, previo consentimiento del investigado con la correspondiente asistencia letrada o, a falta de esta y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial, pues, a pesar de la sencillez y relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que este, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno del máximo de protección (150). Al igual que, por ejemplo, el domicilio, en tanto que espacio privilegiado de ejercicio de la intimidad, se encuentra tute-

(147) LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (*BOE* núm. 298, de 14/12/1999).

(148) En este sentido SSTS, Sala 2.ª, de 24.07.2015 (ROJ: STS 3513/2015; Francisco Monteverde Ferrer); 10.10.2013, cit.; así como el voto particular formulado por el expresado Magistrado en relación con la STS, Sala 2.ª, de 11.11.2014.

(149) SSTS, Sala 2.ª, de 11.11.2014 (ROJ: STS 4722/2014; MP: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez); 10.12.2013 (ROJ: STS 6351/2013; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 7.07.2010, cit.; y 25.10.2011.

(150) Para MIRANDA ESTRAMPES/NIEVA FENOLL, *RDGH*, pp. 119-134, «la potencialidad investigadora del vestigio biológico es tan grande que la lesión de derechos fundamentales que comporta solamente puede ser practicada en una persona que previamente ha sido advertida de tal lesión».

lado frente a todo tipo de invasiones, incluidas las que pudieran producir un efecto banal en sus consecuencias últimas. Cuando el procedimiento de extracción del material biológico se concreta en la simple introducción de una torunda en la boca del sujeto, con esta intervención corporal, a pesar de su sencillez, lo que se requiere del afectado no es tanto un «hacer» como un «sufrir», que demanda una mínima colaboración, de la que no se derivará efecto negativo alguno para la integridad física y, menos aún, para la salud. Asimismo, al contrario de lo que sucede, por ejemplo en el supuesto de las extracciones de sangre, tal actuación no quiebra y ni siquiera altera objetivamente los límites del organismo con el exterior, pues no establece entre ambos ningún tipo de continuidad. Pero, de una parte, lo cierto es que la boca es una cavidad del cuerpo que se mantiene regularmente oculta frente a terceros, y en la que nadie consiente intromisiones ajenas, salvo con fines terapéuticos. Es, pues, un reducto íntimo del sujeto, al que, ya solo por eso, se extiende la garantía del art. 18 CE, que lo convierte en ámbito constitucionalmente protegido (151). Y, por otro lado, ese primer objeto de tutela está en estrechísima relación con ese otro, ciertamente nuclear de la persona, representado por su patrimonio genético. Por eso, la relevancia jurídica de una intervención como la que se considera, no puede abordarse únicamente bajo el prisma del grado de afectación de la región anatómica concernida, ni tampoco medirse por el significado práctico del objeto final perseguido, esto es, la comparación de ciertos datos a efectos de la sola determinación de la identidad, sino que debe evaluarse la calidad, sensibilidad y potencial trascendencia del caudal de datos al que aquella franquea objetivamente el acceso. Tanto que la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN. Porque el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada. La incorporación de algún segmento de aquellos perfiles a una base de datos policial constituye una suerte de preconstitución de prueba a perpetua memoria, eventualmente de cargo, de particular relevancia, en contra de quien, por eso, accederá a una genérica y abierta condición de sospechoso. Porque tal es el fin de ese modo de

(151) STC 199/2013, Pleno, de 5.12.2013, cit.

operar, y no la innecesaria identificación de alguien, que ya está perfectamente identificado en la causa en la que se toma la muestra biológica para la determinación del ADN no codificante y su incorporación al registro policial. Por eso, y por analogía con lo que sucede en el supuesto de los registros domiciliarios, el consentimiento del afectado detenido debe ser consentimiento asistido, pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser inculpativo, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio. Y en la perspectiva de la garantía del derecho a la intimidad domiciliaria importaría poco que la actuación fuera de la norma hubiese estado exclusivamente dirigida a un fin representativo de una mínima, incluso insignificante, afectación de aquel, dado que la previsión de tutela es incondicionada y no está sujeta a ninguna valoración de esa índole.

Para esta línea jurisprudencial, este criterio tiene indudable respaldo legal en la DA 3.^a LO 10/2007, que prevé que, en defecto de consentimiento del afectado, se precisará autorización judicial. Así, un consentimiento que, a juicio del legislador, tiene que suplirse de forma tan garantizada, es porque deberá ser consentimiento informado, consciente y libre. La importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva, dado que la incorporación al registro policial no es cuestión menor. En suma, insiste esta corriente doctrinal, en la exigencia de la asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético.

Esta última es la opción del legislador plasmada en la reforma introducida por la LO 13/2015 (152), que ha dado nueva redacción al art. 520 LECRIM. En este sentido, el apartado 6.º, letra c) incluye expresamente que la asistencia del abogado consistirá en «informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten». Y añade el párrafo segundo que «si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a

(152) LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (*BOE* núm. 239, de 6.10.2015).

instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

En cualquier caso, conforme a la jurisprudencia del TS (153) las consecuencias de la infracción de algunos de los presupuestos exigidos en la obtención de muestras de ADN, –consentimiento, autorización judicial o asistencia letrada si el investigado se halla detenido–, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen.

9. CONCLUSIONES

1. El derecho a la asistencia letrada, reconocido en los arts. 17.3 y 24.2 CE, no puede ser interpretado unitariamente por la diversa función que la garantía cumple en atención al bien jurídico protegido. El art. 17.3 reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad, mientras que el art. 24.2 lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o investigado. La asistencia letrada se configura en la Ley Procesal Penal de forma preceptiva en determinados supuestos, tanto para los detenidos o presos, como para los investigados, designándoles Abogado de oficio cuando no lo hubiesen nombrado por sí mismo y lo solicitaran o no tuviesen aptitud legal para hacerlo. En todo caso, cuando la causa llegue a tal estado en que se necesite el consejo del Letrado, o haya de intentarse algún recurso que hiciese indispensable su actuación, el órgano jurisdiccional debe requerir al interesado para que designe Abogado, o nombrársele del turno de oficio, si una vez requerido aquél no lo hiciese. El TS añade que de la exigencia de tal principio de asistencia letrada no se deriva la ineludible y necesaria presencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios, habiendo reclamado tan sólo tal intervención profesional en la detención y en la prueba anticipada, pero en los demás actos y con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso o detenido y de que el defensor puede participar libremente en las diligencias sumariales, con las únicas excepciones derivadas del secreto de la instrucción, la intervención del Letrado no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales

(153) STS, Sala 2.^a, de 7.07.2010, cit.

diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor.

2. La práctica de la diligencia de cacheo no precisa de asistencia letrada, ni aún tratándose de un detenido, pues se trata de una actuación inmediata que ha de cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia. La asistencia de Letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. No cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia.

3. La intervención de Letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el art. 17.3 CE ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, distinguiéndose al respecto tres situaciones. Si el titular del domicilio fruto de la diligencia de entrada y registro se encuentra detenido se requerirá de la presencia de Abogado para que el consentimiento otorgado resulte válido. Si se otorga consentimiento por el titular del domicilio para que se practique la diligencia de entrada y registro y este no se encuentra detenido, se dota de validez a la diligencia. Durante el desarrollo de la diligencia de entrada y registro tampoco se requiere de la presencia de Letrado.

4. El examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo, no es por sí misma una detención, ni comporta que necesariamente esta previamente se haya practicado. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza voluntariamente, a instancias de los Agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose este voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o constricción forzosa de la libre deambulación, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el Agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realiza-

ción decida entonces el Agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado detenido previamente. Será entonces cuando, por su condición de detenido, resultará inexcusable la previa información de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido se somete voluntariamente al examen radiológico.

5. Los reconocimientos de identidad efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado.

6. Aun cuando el art. 17.3 CE exige que toda persona detenida debe ser informada de sus derechos, garantizándose la asistencia letrada a la misma tanto en diligencias policiales como judiciales, ninguna Ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, manifestaciones a los agentes policiales confesando su culpabilidad o incluso ofreciéndose a colaborar con ellos. Ello con independencia del móvil o finalidad perseguida. Estas manifestaciones, para que sean válidas, deben haber tenido lugar con posterioridad a la información de derechos constitucionales. Tales declaraciones espontáneas no pueden servir para fundamentar la convicción exclusivamente sobre ellas, debiendo, por tanto, corroborarse por otras fuentes complementarias que apunten en la misma dirección y que conduzcan de modo inequívoco a idéntica conclusión incriminatoria. Lo prohibido es la indagación policial antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. No obstante, los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de manifestaciones hechas sin la previa información de derechos, ni, por ende, suscribirlas el detenido. De producirse esto último, se trataría de una mera ilegalidad sin categoría de infracción constitucional necesaria para la aplicación de la sanción contemplada en el art. 11.1 LOPJ, pero que debería reputarse nula y, por tanto, ineficaz

desde el punto de vista probatorio. Mas esta nulidad no afectaría a la validez y posible eficacia probatoria de las ulteriores diligencias practicadas conforme a la legalidad.

7. Realizar un cuerpo de escritura por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. El TS considera, en relación con una prueba pericial caligráfica, que si el acusado no está detenido, ni se ha adoptado medida cautelar alguna, ni se ha dictado una resolución susceptible de recurso, no resultan aplicables los arts. 520 y 118 LECRIM. Pero aunque hubiese estado detenido o lo estuviese por otra causa, tal diligencia no es de las que necesariamente precise de la presencia de Letrado, ya que no se trata de emitir ninguna declaración o testimonio ni de realizar ningún reconocimiento de identidad. Realizar el cuerpo de escritura no supone necesariamente que su resultado vaya a perjudicar al que lo realiza, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al investigado.

8. Cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, o de muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. En estos casos, no será necesaria la asistencia del abogado, aún cuando el investigado se encuentre detenido, dado que no es necesaria la prestación del consentimiento de este. Por el contrario, si se trata de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del investigado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el investigado se hallare detenido, para prestar su consentimiento precisará la asistencia letrada, aun cuando la obtención del ADN tenga por objeto su inclusión en una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención, sin perjuicio de su impugnación durante la fase de instrucción del proceso en el que tales datos pudieran ser tenidos en cuenta.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTEROS LEÓN, M., «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2007, pp. 1882-1896
- BANACLOCHE PALAO J. / ZARZALEOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal Penal*, 3.ª ed., La Ley, Madrid, 2015.
- BELLOCH JULBE, J. A., «La Policía Judicial», en *Policía y sociedad: I Seminario de colaboración Institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de Policía*, (Santander, 17 al 21.07.1989), Ministerio del Interior, Madrid, 1989.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., «El derecho a la defensa y a la asistencia letrada: el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, pp. 113-132.
- CAMPANER MUÑOZ, J., «El valor de la mal llamada prueba pericial de inteligencia en el proceso penal», *Sepín*, Sección Doctrina, diciembre 2011, referencia: SP/DOCT/15896.
- CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Proceso y Derechos Fundamentales», en DE LA OLIVA SANTOS, A. / DíEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGA TORRES, J.: *Derecho procesal: Introducción*, 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., «Exámenes radiológicos, extracciones y análisis de aliento, orina, sangre, pelos, uñas y otros tejidos humanos», en *El proceso penal, Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y Policías*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DÍAZ CABIALE, J. A., «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XII, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, 1996, CGPJ, Madrid, pp. 67-196.
- DOLZ LAGO, M. J., «ADN y Derechos fundamentales. Breves notas sobre la problemática de muestras de ADN –frotis bucal– a detenidos o imputados», *Diario La Ley*, núm. 7774, 2012.
- ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.
- FIGUEROA NAVARRO, C., «Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN», *La Ley Penal*, núm. 54, 2008.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Comentario a la STS de 3.02.2000», *Tribunales de Justicia, Revista española de derecho procesal*, 2000, núm. 12.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- IGLESIAS CANLE, I. C., *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003.
- LORENTE ACOSTA, J. A., *Un detective llamado ADN: tras las huellas de criminales, desaparecidos y personajes históricos*, Temas de hoy, Madrid, 2004.

- MAGRO SERVET, V., «La actitud policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2001, pp. 1822-1831.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., «La identificación del delincuente», en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. / NIEVA FENOLL, J., «Comentario a la sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013)», *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 39, pp. 119-134
- MOLINA PÉREZ, T., «La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción», *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, XLIII, 2010, pp. 127-142.
- MORENO CATENA, V., «Algunos problemas del derecho de defensa», en *La reforma del Proceso Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- «El Derecho de defensa», en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal Penal*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 147.
- OÑA NAVARRO, J. M., «El derecho de Defensa en la fase de instrucción del Proceso Penal en la doctrina del TC», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, 2003.
- PRIETO RAMÍREZ, L. M., «La LO de Registro de perfiles de ADN para fines de investigación criminal, en el marco del Derecho comparado», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 54, 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Asistencia letrada al detenido», *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm 6, 1991.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del TS de 24.09.2014 en esta materia», *Diario La Ley*, núm. 8445, 19.12.2014.
- RIFÁ SOLER, J. M. / RICHARD GONZÁLEZ, M. / RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Penal*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.
- ROMEO CASABONA, C. M. / ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado: rueda, fotos, ADN, ... de los métodos basados en la percepción de la prueba científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SOLETO MUÑOZ, H. / ALCOCEBA GIL, J., «Protección de datos y transferencia de perfiles de ADN», en CABEZUDO BAJO, M. J. (Dir.), et. al.: *Las bases de datos policiales de ADN, ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Dykinson, Madrid, 2013.
- SOTO NIETO, F., «La asistencia de Letrado al detenido o acusado», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2004, pp. 1690-1692.



El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia (1)

RICARDO DE MOSTEYRÍN SAMPALO

Fiscal de delitos económicos
Fiscalía Provincial de Las Palmas

RESUMEN

Se expone la normativa internacional sobre el delito de blanqueo de capitales y la consecuente introducción de este delito en el Código Penal, con sus sucesivas reformas. Partiendo de la tipificación actualmente vigente del delito se plantea su interpretación entre la línea tradicionalmente mantenida por la jurisprudencia, y la recientemente iniciada por la STS 265/2015, de 29 de abril, que se considera correcta pero no conforme con la normativa internacional sobre la materia. Con base en dicha normativa se extraen también diversas conclusiones sobre la incorrección tanto del término blanqueo como de su tradicional definición doctrinal. Finalmente se distingue este delito de los delitos de encubrimiento y receptación.

Palabras clave: *Blanqueo de capitales, GAFI, encubrimiento, receptación.*

ABSTRACT

In this paper, we analyze the international regulations on the crime of money laundering and the consequent introduction of this crime in the Criminal Code, with its successive reforms. Starting from the current classification of the crime, its interpretation is considered between the line traditionally maintained by the

(1) Artículo redactado en el marco del programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED.

jurisprudence, and the one recently initiated by STS 265/2015, of April 29, that is considered correct but not in conformity with the international rules on the matter. On the basis of these regulations, a number of conclusions are also drawn on the incorrectness of both the term laundering and its traditional doctrinal definition. Finally, this crime is distinguished from the crimes of concealment and reception.

Key words: *Money laundering, GAFI, concealment, reception.*

1. PLANTEAMIENTO

Los primeros intentos de represión del blanqueo de capitales tienen lugar en Italia y Estados Unidos, ligados al intento de combatir actividades criminales que generaban grandes capitales, principalmente el tráfico de drogas. Como destaca Cassani (2) «golpeando al blanqueador de dinero sucio se busca golpear en primer término las organizaciones criminales; prohibir el blanqueo es luchar contra el crimen organizado». Parece subyacer en esta idea el mismo motivo que dio lugar a la represión de la usura (3). Si una persona concede préstamos a otra que no puede obtenerlos al tipo de interés normal es, muchas veces, porque el prestamista sabe que la actividad que va a realizar el prestatario es ilícita y que el beneficio puede ser muy elevado y podrá devolver el principal con sus correspondientes, y leoninos, intereses. Por tanto el usurero está financiando el crimen. Si a continuación el prestatario no paga voluntariamente, frecuentemente se recurre a métodos de cobro también ilícitos, como lo que modernamente se llama en Colombia «oficina de cobros» que consiste en una banda de malhechores que amenazando, o cumpliendo las amenazas, obtienen el cobro de las deudas. De modo que la usura no sólo financia el crimen sino que además lo genera ella misma, y combatirla es una forma de combatir el crimen. Del mismo modo se consideró que la represión de lo que hoy llamamos blanqueo, podía servir para combatir el crimen puesto que por un lado dificulta la reinversión de las ganancias en las actividades ilícitas y por otro

(2) CASSANI, U.: *Le blanchissage d'argent*, Fiches Juridiques Suisses, Ginebra, 1994.

(3) Es frecuente identificar la usura con el origen del blanqueo, así MALLADA FERNÁNDEZ, C., *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Valladolid, 2014, p. 31; LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M., *Blanqueo de capitales*, Barcelona, 2009, p. 43; ABEL SOUTO, M.Á., *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago, 2001, p. 35 s.

reduce el estímulo del lucro pues dificulta su disfrute. Llevada a grado sumo, la represión del blanqueo, obtiene el aislamiento social del delincuente. Por otro lado, en la idea de este delito pudo influir que el conocido mafioso Al Capone finalmente fuera condenado, no por cometer los delitos que lo enriquecieron (principalmente el tráfico de alcohol en la época de la fracasadísima ley seca), que no se lograron probar, sino por no declarar a Hacienda las ganancias obtenidas (4). En los años 70 y 80 del siglo xx, mientras Italia sufría quizá más que nunca el azote de la mafia, Estados Unidos era inundado de cocaína por el narcotraficante colombiano Pablo Escobar, lo que supuso una gran fuga de capitales para el país. Aunque existían delitos próximos al actual blanqueo como el encubrimiento y la receptación, eran insuficientes para combatir estas nuevas formas de delincuencia.

Por tanto, se puede considerar que la forja intelectual de este delito tuvo lugar en una época y en dos países duramente castigados por el crimen organizado. Se inspiró en los ya existentes delitos de encubrimiento y receptación, en la represión de la usura, en el final de Al Capone y sirvió de acicate definitivo la urgente necesidad de combatir el tráfico de drogas por los medios más eficaces posibles, quizá no tanto por motivos de salud pública, como por motivos estrictamente económicos.

Italia introdujo el delito de blanqueo en su Código Penal en 1978 mediante el Decreto-Ley 59/1978, de 21 de marzo, finalmente convertido en Ley 191/1978, de 18 de mayo (5), y Estados Unidos tipificó este delito mediante la *Ley de control del blanqueo de capitales* en 1986 (6).

A partir de aquí muchos más países vieron adecuada esta forma de combatir tanto el tráfico de drogas como otros delitos lucrativos, así se desarrolló una abundante normativa internacional sobre la materia que ha ido perfilando este delito y que ha supuesto su tipificación de forma más o menos simultánea y similar en gran parte de los países del mundo.

(4) PÉREZ MANZANO, M., «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en Bajo Fernández, M./Bacigalupo Saggese, S., *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, 2009, p. 170.

(5) GAMBONI, G., *Riciclaggio e autoriciclaggio*, Varese, 2015, p. 12.

(6) BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, 2012, p. 98.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL

Existen tres Convenciones internacionales desarrolladas por la ONU sobre este delito, son las Convenciones contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988) (7), contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo 2000) (8), y contra la corrupción (Mérida [Méjico] 2003) (9). Existen también otros importantes hitos en la lucha internacional contra el blanqueo de capitales al margen de este organismo internacional, como son la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (80) 10 relativa a las medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal (1980), la Declaración del Comité de autoridades de supervisión bancaria del Grupo de los Diez y de Luxemburgo sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen delictivo (Declaración de Basilea de 1988), las 40 Recomendaciones del GAFI de 1990 (y sus posteriores versiones de 1996, 2003 y 2012), el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo 1990) (10), y las cuatro directivas comunitarias sobre blanqueo de capitales: Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, que modifica la anterior, Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, que derogó la Directiva de 1991, y Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (80) 10 y la Declaración de Basilea de 1988, no definen el blanqueo de capitales, de modo que poco pueden aportarnos sobre el tema que nos ocupa.

(7) Ratificada por España el 30 de julio de 1990.

(8) Ratificada por España el 1 de marzo de 2002.

(9) Ratificada por España el 19 de junio de 2006.

(10) Ratificado por España el 22 de julio de 1998.

La Convención de Viena de 1988, aunque no dio nombre al delito lo describe en su art. 3 de la siguiente forma:

«Delitos y sanciones.

1. Cada una de la Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) (...) [actividades relativas al tráfico de drogas]

b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;

iii) Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;

iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

(...».

Obsérvese que tanto el subapartado i) como el subapartado ii) del apartado b) exigen la intención de ocultar, encubrir o ayudar (el primero de ellos) o de ocultar o encubrir (el segundo de ellos). Sin embargo el apartado c), en su subapartado i), no exige esa finalidad, tan sólo exige el conocimiento de que los bienes sean de origen delictivo, pero no se requiere ninguna finalidad en los actos de adquisición, posesión o utilización para incurrir en delito de blanqueo. Además estos actos son de tal amplitud que difícilmente podamos concebir alguna operación con los capitales de origen delictivo que no sea subsumible en alguna de tales conductas. Cierto es que deja a salvo los «principios constitucionales» y «los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico», por lo que en realidad ningún Estado que suscriba la Convención quedará obligado a castigar estas conductas si su Ordenamiento Jurídico no lo permite, pero lo cierto es que, en el caso de España, el Tribunal Constitucional nunca ha declarado que esta concepción amplia del blanqueo conculque estos principios o fundamentos. Por otro lado la doctrina sólo suele entender inadmisibles en nuestro Ordenamiento Jurídico, por quiebra del *ne bis in idem*, la punición de la posesión o utilización de los bienes de origen delictivo cuando tal posesión o utilización se lleve a cabo por el propio autor del delito fuente (11), pero no cuando se cometa por una tercera persona.

Por todo ello no parece que España pueda faltar a la obligación de tipificar las conductas a que se refiere la Convención de Viena en su art. 3.1.c) i), argumentando la oposición de nuestros principios constitucionales o conceptos fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta Convención es de capital importancia pues toda la normativa internacional sobre blanqueo de capitales desarrollada posteriormente, definió el blanqueo casi de la misma forma, como se expone a continuación.

Efectivamente, la Convención de Palermo de 2000, describe el blanqueo de capitales en su art. 6 de forma casi idéntica:

«Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y

(11) BLANCO CORDERO, I. (n. 6), p. 482: «quizás una de las cuestiones en las que existe más consenso doctrinal es la de que no se puede castigar al autor del delito previo que posee los bienes, por dicho delito y además el de blanqueo de capitales en su modalidad de posesión».

de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

(...».

La Convención de Mérida de 2003, describe el blanqueo en su art. 23 también casi del mismo modo:

«Blanqueo del producto del delito.

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

(...».

Las 40 recomendaciones del GAFI no definen el blanqueo pero recomiendan (recomendación 3) que se tipifique como establecen las Convenciones de Viena y Palermo:

«El delito de blanqueo de capitales.

Los países deben tipificar como delito el blanqueo de dinero sobre la base de la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves, con el fin de incluir la más amplia gama de delitos».

Lo mismo se decía en la versión original de dichas recomendaciones de 1990 pero en la recomendación 1, sin hacer referencia obviamente a la Convención de Palermo que no se había celebrado todavía, y se mantuvo en la versión de 1996. Fue en la versión de 2003 cuando se trasladó a la recomendación 3, donde aún se mantiene, y se añadió la referencia a la Convención de Palermo que también se mantiene en la actualmente vigente versión de 2012 antes transcrita.

El Convenio de Estrasburgo de 8 de noviembre de 1990 define el blanqueo de capitales en su art. 6 de forma también muy parecida a como se había descrito dos años antes en la Convención de Viena:

«Delitos de blanqueo.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:

a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto (12), con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

b) la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos; y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico;

c) la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;

(...».

(12) El art. 1.a) del Convenio considera producto «todo provecho económico derivado de un delito».

Este Convenio también se refiere, por primera vez, al blanqueo cometido por imprudencia, mediante la fórmula «debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito» (art. 6.3.a).

Aunque con carácter administrativo, y no penal, también pueden citarse las cuatro directivas comunitarias sobre la materia, que definen el blanqueo de capitales en términos muy parecidos a la Convención de Viena.

Así la Directiva 91/308/CEE del Consejo, dice que a efectos de esta Directiva se entenderá por blanqueo de capitales: «las siguientes acciones cometidas intencionadamente:

— la conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

— la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

— la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

(...».

La Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, entiende por blanqueo de capitales: «las siguientes acciones realizadas intencionadamente:

— la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos,

— la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,

— la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,

(...».

La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, establece en su art. 1:

«1. Los Estados miembros velarán por que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo queden prohibidos.

2. A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales:

a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;

b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

(...».

La actualmente vigente Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, en su artículo 1.3 dice: «a efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales:

a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;

b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos

bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;

(...».

Como vemos toda la normativa internacional opta, unánimemente, por una concepción tan amplia del blanqueo que cualquier operación llevada a cabo con activos de origen delictivo será tomada por blanqueo, como consecuencia de que al definir el blanqueo se ha partido siempre de la Convención de Viena, donde se optó por esa concepción. Puesto que los tratados internacionales son de obligado cumplimiento si se ratifican por España (13), como así ha sido, resulta evidente que nuestro país está obligado a tipificar el blanqueo de capitales en este mismo sentido amplio, salvo que tal cosa se opusiera a los principios constitucionales o a los conceptos fundamentales de nuestro Ordenamiento Jurídico, que no parece que sea el caso, si bien con la salvedad de la posesión y utilización por parte del autor del delito fuente, antes referida, que sí debe quedar impune para no incurrir en *bis in idem*.

3. INTRODUCCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y REFORMAS POSTERIORES

Poco antes de que se aprobara la Convención de Viena (14) se introdujo en el Código Penal español el delito de blanqueo de capitales, por *LÓ 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas*. El Preámbulo lo justifica así: «se incorpora un nuevo precepto (...) que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de «blan-

(13) También las directivas comunitarias pero recuérdese que son de carácter meramente administrativo y no penal, que es lo que aquí se pretende tratar.

(14) MALLADA FERNÁNDEZ, C. (n. 3), p. 32 s, afirma que se siguieron las directrices de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena; en el mismo sentido Díez RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *Actualidad Penal*, n.º 32, 1994, p. 590: «parece incuestionado que la modificación del Código Penal en materia de tráfico de drogas, que tuvo lugar por LO 1/1988, de 24 de marzo, estuvo directamente inspirada en los últimos borradores de la Convención de las Naciones Unidas que se aprobó unos meses más tarde».

queo» del dinero de ilícita procedencia». Pese a ello el texto articulado no utiliza el término «blanqueo» y, como también hizo la Convención de Viena, dejó el delito innominado. Se introduce el art. 546 bis f) CP texto refundido de 1973, con la siguiente redacción:

«El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código [tráfico de drogas] recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

(...).

De acuerdo con las negociaciones de Viena se restringe el delito fuente al tráfico de drogas, apartándose de ellas se tipifica de modo escueto, con tan sólo tres acciones alternativas: «recibiere», «adquiriere», «aprovechare», pero en ningún caso se exige una finalidad específica en estas acciones lo que confiere gran amplitud al tipo delictivo. Se añade a continuación «para sí o para tercero» por lo que excluye la necesidad de ánimo de lucro. Esta exclusión así como la naturaleza del delito fuente diferencian este delito, así tipificado, de la receptación (15). El artículo se ubicó en el capítulo titulado «del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación».

Aprobada la Convención de Viena en diciembre de 1988 y ratificada por España el 30 de julio de 1990, el legislador queda obligado a introducir en el Código Penal la amplia concepción del delito de blanqueo que se plasmó en dicha Convención. Lo hace por *LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, en cuya Exposición de Motivos, que menciona expresamente la Convención, dice castigar «las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de estupefacientes y las sustancias psicotrópicas», y añade que traspone «los aspectos penales de la Directiva 91/308 CEE», si bien como se dijo anteriormente dicha Directiva no contiene ningún aspecto penal. Esta reforma supone la introducción de tres artículos relativos al blanqueo, sin utili-

(15) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte especial*, Madrid, 1991, p. 575, señala que «hubiera sido preferible haber regulado la receptación con carácter general y no efectuar la incorporación de esta nueva forma de receptación». También BAJO FERNÁNDEZ, M., «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en Bajo Fernández, M./Bacigalupo Saggese, S., *Política...* (n. 4), p. 14, se pronuncia en contra de tipificar este delito al margen del encubrimiento y la receptación.

zar este término una vez más (16). El último de los tres recoge un tipo agravado para bandas organizadas y los dos primeros dicen así:

Artículo 344 bis h) CP texto refundido de 1973.

«1. El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores [tráfico de drogas], o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos.

3. Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas».

Artículo 344 bis i) CP texto refundido de 1973.

«El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.»

Por tanto se reproduce casi literalmente el texto aprobado en Viena y supone una enorme ampliación de conductas punibles respecto de lo recogido en el art. 546 bis f) CP texto refundido de 1973, que sorprendentemente no se derogó si bien no parece que hubiese en este artículo ninguna conducta que no se castigue en los dos nuevos artículos, siendo además idéntica la penalidad, de ahí que se haya considerado un «olvido» del legislador (17). Obsérvese que se castiga el blanqueo

(16) MALLADA FERNÁNDEZ, C. (n. 3), p. 35, afirma que esta Ley «es la primera que entrará en vigor acuñando el término blanqueo de capitales». Sin embargo esta afirmación es errónea puesto que esta Ley no utilizó en su texto definitivo este término, sí en cambio, como señala BLANCO CORDERO, I., (n. 6), p. 184, se utilizó en el Proyecto de Ley pero se suprimió tras pronunciarse en contra el CGPJ argumentando que dicho término es «puro *argot*» y que si no se encuentra una denominación adecuada «basta hablar de la receptación y otras conductas afines». Tampoco esta expresión llegó a utilizarse en esta Ley aunque sí al aprobarse el nuevo Código Penal.

(17) MALLADA FERNÁNDEZ, C. (n. 3), p. 36.

incluso cometido por imprudencia, de lo que nada dijo la Convención de Viena, asumiendo aquí el legislador de 1992 una novedad del Convenio de Estrasburgo de 1990. Adviértase también que se castiga la posesión y utilización, que fueron suprimidas con el nuevo Código Penal y reintroducidas en la última reforma de este delito operada por LO 5/2010. La nueva sede del delito, junto con el tráfico de drogas, puede justificarse desde el punto de vista de que sigue considerándose éste el único delito fuente posible, ignorando así el legislador tanto el Convenio de Estrasburgo de 1990 como las para entonces ya aprobadas 40 Recomendaciones del GAFI. Sin embargo no se castigaron las formas imperfectas de ejecución pese a que el texto de Viena mencionaba «instigar o inducir públicamente» así como «la asociación y la confabulación» y «la incitación».

La derogación del Código Penal, texto refundido de 1973, que no era sino una versión más del Código de 1848, y la simultánea aprobación de un Código de verdadera nueva planta aprobado por *LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, supuso algunas novedades en relación con el blanqueo. Para empezar se puso fin a la tipificación en varios artículos de distintas sedes y se recogió en uno sólo ubicado en el Título XIII del Libro II es decir, como delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Siguió sin usarse el término blanqueo, pues el capítulo en que se ubicó, el XIV, llevó por rúbrica «De la receptación y otras conductas afines» por lo que el blanqueo se considera conducta afín a la receptación. Quizá la novedad más importante sea la ampliación del delito fuente a cualquier delito grave, de acuerdo con el GAFI, si bien en caso de tratarse de tráfico de drogas se prevé un tipo agravado. El legislador español se anticipó cinco años a la Convención de Palermo castigando el blanqueo de capitales incluso aunque el delito fuente se haya cometido en país extranjero. Desde el punto de vista de la acción se sustituye el «transfiriese» de 1992 por el «transmita» de 1995, lo que no parece que tenga gran relevancia, pero se suprime el «posea o utilice», que sí restringe las conductas punibles, y aunque la Convención de Viena permitía que no se castigasen esas conductas si no lo permitían los principios constitucionales o los fundamentos jurídicos nacionales, lo cierto es que no se había pronunciado el Tribunal Constitucional en ese sentido. De manera que el delito quedó como sigue:

Artículo 301 CP (redacción original de 1995).

«1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuen-

cias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».

También se mantuvo la pena privativa de libertad, respecto del delito doloso, pues la prisión menor del antiguo Código abrazaba de seis meses y un día a seis años, si bien en el delito imprudente esta pena se endureció notablemente pues el arresto mayor en su grado máximo abrazaba de cuatro meses y un día a seis meses. En ambos casos la multa hubo de modificarse, pasando a ser proporcional, pues en el nuevo Código no existe la multa a tanto alzado. El artículo 304 CP castigó por fin la provocación, conspiración y proposición, cumpliendo así el mandato de Viena.

La reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, supuso una novedad importante pues consideró cualquier delito, y no sólo los delitos graves, como posible fuente de blanqueo, de acuerdo con el Convenio de Estrasburgo y con la entonces reciente Convención de Palermo. De menor importancia fue la introducción de una pena de inhabilitación y, cuando se cometa por miembro de organización, se introdujo la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. De ninguna o muy escasa relevancia es citar expresamente la posibilidad de clausurar el local o establecimiento que figuraba ya en el art. 129 CP; citar expresamente el decomiso, que ciertamente se mencionaba ya en la Convención de Viena pero que de acuerdo con el art. 127 CP siempre fue posible aplicar al blanqueo, y finalmente citar también expresamente la posibilidad de aplicar las medidas del art. 129 CP, pues no había ningún motivo para no poder aplicarlas a este delito. Por tanto la única innovación importante de esta reforma fue la referida ampliación del delito fuente.

Finalmente el delito de blanqueo de capitales fue modificado por última vez por *LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal*. Esta reforma ha supuesto por fin la introducción del término blanqueo de capitales en el Código cuyo Capítulo XIV del Título XIII del Libro II ha quedado rubricado «De la receptación y el blanqueo de capitales». También ha supuesto el castigo expreso del autoblanqueo mediante la fórmula «cometida por él o por cualquiera tercera persona» utilizada al referirse a la actividad delictiva previa, es decir al delito fuente. En realidad nunca estuvo excluido el autoblanqueo, aunque tanto la Convención de Palermo como las 40 Recomendaciones del GAFI en su versión de 2003 permitían que se excluyese. Por si alguna duda cabía se incluyó expresamente, y quizá por este motivo se reintrodujo la posesión y utilización, que parecen más próximas al autoblanqueo puesto que si el delito fuente lo ha cometido otra persona, la conducta del blanqueador cabrá mejor en la adquisición que en la posesión y utilización. Aunque tampoco debe descartarse del todo que una persona posea o utilice sin haber adquirido ni haber cometido el delito fuente, por ejemplo si utiliza el desca-potable de su amigo traficante, cuestión distinta será que esto merezca castigo. La referencia al delito fuente, se hace mediante la expresión «actividad delictiva», siguiendo así la estela de las cuatro directivas comunitarias y de acuerdo con el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de la reforma del Código (18), lo que responde a que no se requiere un delito concreto y probado para hablar de blanqueo sino que basta con indicios de actividades delictivas y la existencia de un patrimonio que no se pueda justificar lícitamente.

La *LO 5/2010* introduce otro tipo agravado, concretamente cuando el delito previo, o la actividad delictiva por usar los términos del Código, sea contra la Administración Pública o contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, de modo que el art. 301 CP ha quedado redactado definitivamente, por ahora, como sigue:

«1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos

(18) Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 18 de febrero de 2009.

casos, 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 el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código».

También se modificó el artículo 302 CP introduciendo en el apartado 2 las penas previstas para las personas jurídicas, de acuerdo con la que fue quizá la novedad más importante de esta reforma consistente en castigar también a las personas jurídicas cuando fueran autoras de ciertos delitos, como venía defendiéndose en relación con el blanqueo, tanto por las 40 Recomendaciones del GAFI desde su versión de 2003 como por la Directiva comunitaria de 2005.

4. CONDUCTAS CASTIGADAS POR EL ART. 301 CP

Determinar las conductas punibles por el delito de blanqueo de capitales no parece una tarea sencilla. No se recoge la acción en un verbo, o varios formulados de manera alternativa o cumulativa, sino

más bien en una suerte de *totum revolutum* que ha recibido severas críticas de la doctrina. Se ha dicho que «el art. 301 CP contiene una maraña de conductas» (19) y que «un simple vistazo del precepto basta para constatar su caótica esquematización» (20), que «se trata de un amplio y confuso elenco de conductas de favorecimiento de la ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los bienes procedentes del delito» (21) y que «entre las conductas incriminadas por nuestra Ley penal, existen muy pocas tan turbulentas y tenebrosas como la descripción típica del art. 301» (22).

El primer problema al que nos enfrentamos es que su primer apartado, tras mencionar diversas acciones, «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita», añade «o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción (...)». Esta redacción plantea el problema de si, para entender cometido este delito, la intención de ocultar, encubrir o auxiliar, debe concurrir también en quien «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita», teoría que se llamará restrictiva, o por el contrario sólo debe concurrir en quien realice «cualquier otro acto», en cuyo caso adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir son en todo caso actos constitutivos de este delito, cualquiera que sea la intención con que se realicen, mientras que otros actos no mencionados en este elenco sí requieren esta finalidad específica para constituir delito de blanqueo, teoría que se llamará extensiva.

A favor de la teoría extensiva cabe decir que en la normativa internacional, desde la Convención de Viena, la cuestión no ofrece ninguna duda, la conversión y transmisión sí requieren el elemento subjetivo de intencionalidad, y la adquisición, posesión y utilización no lo requieren. Esta concepción parece correcta de acuerdo con el significado de cada uno de estos verbos, pues adquirir, poseer y utilizar casi siempre supondrán un provecho para el sujeto de la acción, tienen casi un elíptico ánimo de lucro. En cambio convertir y transmitir, al menos en principio, no suponen provecho, de ahí que se requiera la intención específica de ocultar, encubrir o ayudar, como especial desvalor de acción, para criminalizar estas conductas.

(19) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, p. 219.

(20) *Idem*, p. 220.

(21) BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 685.

(22) ABEL SOUTO, M.Á., *El delito de blanqueo en el Código Penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona, 2005, p. 91.

Asimismo, analizando el art. 301 CP parece evidente que si el legislador hubiera querido tipificar estas conductas sólo si existe intención de ocultar, encubrir o auxiliar, la redacción hubiera sido ésta: el que adquiera bienes, los posea, utilice, convierta, transmita o lleve a cabo sobre ellos cualquier otro acto, bien para ocultar o encubrir que tienen origen en una actividad delictiva, cometida por él o por tercera persona, o bien para ayudar... Otro argumento es el simple hecho de que se mencionen en el precepto legal conductas específicas cuando hubiera sido más sencillo recurrir a la fórmula: quien oculte o encubra el origen delictivo de bienes o ayude... Por tanto el hecho de que este artículo mencione expresamente diversas acciones y no las mencione consecutivamente sino que las recoja separadas en dos grupos, pone de relieve la voluntad de darles también un tratamiento separado, respecto de las unas exigir elemento subjetivo y respecto de las otras no.

Además los actos para ocultar o encubrir el origen ilícito ya están castigados en el apartado 2 del art. 301 CP, cuando castiga la ocultación de la naturaleza, origen y ubicación, de manera que debe entenderse que el apartado 1 no puede querer castigar lo mismo que el apartado 2. Para concluir, obsérvese que se castiga incluso, en el apartado 3, el blanqueo imprudente, pero si la modalidad dolosa requiere siempre una concreta intención, la modalidad imprudente será inaplicable pues la intención es incompatible con la imprudencia.

Por otro lado, la antes llamada teoría restrictiva, fundaméntase principalmente en que el precepto dice «cualquier otro acto» cuando de optar por la teoría extensiva aquí debería decir simplemente «cualquier acto» pues no sería necesario excluir los actos anteriormente citados. Por otro lado se han recogido los dos grupos de conductas en un mismo párrafo cuando se podrían haber recogido en dos párrafos separados si hubiera habido intención de punir dos comportamientos diferentes y no una sólo.

A favor de esta teoría también puede argumentarse que el blanqueo, como su nombre indica y como se concibió en un principio, consiste en hacer que parezca lícito lo que era ilícito, de ahí que deba exigirse la intención de ocultar el origen ilícito. Este argumento, que parece que podría ser definitivo, se desmorona ante la redacción dada por la Convención de Viena que prevé el castigo de la adquisición, posesión y utilización sin exigir ninguna intención de ocultación.

Hay un argumento más a favor de esta teoría, en caso de duda, tratándose de norma penal, sólo cabe la interpretación más restrictiva posible. Para enervar este argumento lo único que podrá sostenerse es que no existe duda y que la única interpretación posible es la que hemos llamado extensiva. Probablemente ha sido ésta, la teoría exten-

siva, la *voluntas legislatoris* máxime si tenemos en cuenta lo recogido en la Convención de Viena, sin embargo no parece tan clara la *voluntas legis*. Probablemente como consecuencia de las distintas reformas del Código Penal en esta materia, la redacción ha terminado por ser confusa en este punto y el hecho de que a la luz de la normativa internacional la cuestión se aclare en el sentido extensivo no parece que deba justificar una interpretación no del todo rigurosa de un precepto penal. Pese a ello es la interpretación que se ha impuesto jurisprudencialmente (23), y aunque nada quepa reprochar de acuerdo con los tratados internacionales sobre la materia, debería modificarse el precepto penal para despejar toda duda al respecto.

5. STS 265/2015, DE 29 DE ABRIL

Recientemente el Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en la sentencia n.º 265/2015, de 29 de abril, de la que ha sido ponente Conde-Pumpido Tourón, y lo ha hecho, apartándose de la línea jurisprudencial tradicional, en el sentido favorable a la teoría restrictiva. Así se dice que «la inclusión en la redacción típica de dos incisos («sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva», «cometida por él o por cualquier tercera persona»), conduce a algunos intérpretes de la norma a estimar, erróneamente, que la finalidad esencial del blanqueo (ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero) sólo se predica de «cualquier otro acto», y no de todas las conductas descritas en el tipo». Añade también la sentencia que «la esencia del tipo es, por tanto, la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo».

Esta sentencia también critica la teoría extensiva porque «no nos encontramos, en consecuencia, ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta

(23) Una de las sentencias que más claramente se pronuncia en este sentido es la STS (Sala de lo Penal) n.º 1070/2003, de 22 de julio, que de este delito dice «responde al criterio omnicomprensivo asumido internacionalmente [citando diversa normativa internacional, entre otras la Convención de Viena y las Recomendaciones del GAFI] de abarcar todas las conductas ilícitas con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito».

típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio «non bis in idem» en los supuestos de autoblanqueo». Defiende la teoría restrictiva porque «evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito».

La fundamentación de la sentencia nos parece un tanto parca, debería hacer referencia a que se trata de la interpretación más restrictiva de la norma penal, y por tanto la única admisible, aunque también deberá entonces explicar qué pretende castigar el apartado segundo del art. 301 CP si el primero se entiende enfocado a la ocultación, o a qué supuesto se podrá aplicar la modalidad imprudente del apartado tercero si se trata de un delito que siempre requiere intencionalidad. Además la sentencia no debería soslayar tan alegremente que esa concepción del blanqueo no es la que se consagró en la Convención de Viena (ni en los convenios posteriores que han recibido su influjo), y que esta Convención fue ratificada por España, lo que de acuerdo con el art. 96.1 CE supone que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico. A esto debería hacer referencia el Tribunal aunque sólo fuera para hacer uso de la facultad que le otorga el art. 4.2 CP de dirigirse al Gobierno, pues se da la contradicción de que esta interpretación deja impunes conductas que de acuerdo con el propio Ordenamiento Jurídico español deberían punirse.

La teoría defendida en esta sentencia, aplicada con rigor, reduce el delito de blanqueo de una manera incompatible con la normativa internacional, y aunque ya se anticipó que la consideramos la interpretación más correcta desde el punto de vista jurídico-penal por ser la más restrictiva, en caso de imponerse esta línea jurisprudencial (24) obligará a modificar el Código Penal, en el sentido de eliminar de él la posibilidad de la interpretación restrictiva, tipificar el delito de modo que sólo quepa la interpretación extensiva, y dar cumplimiento así a lo acordado en la Convención de Viena.

(24) La reciente STS (Sala de lo Penal), n.º 920/2016, de 12 de diciembre, se adhiere a esta nueva doctrina al rechazar la infracción de Ley por inaplicación del delito de blanqueo alegada por la recurrente, con este argumento: «en la jurisprudencia de esta Sala se ha buscado la restricción de la aplicación del autoblanqueo exigiendo una finalidad de ocultamiento o de encubrir. «Lo determinante -remarca la sentencia 265/2015- debe ser la aplicación del criterio que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado». Como destaca la sentencia impugnada no concurre esa finalidad, quizás porque no se ha investigado, por lo que no resulta procedente declarar ningún error como el que se denuncia».

6. CONCILIACIÓN DE POSTURAS

El problema podría resolverse considerando que en realidad, cuando se adquiere, convierte o transmite (aunque no tanto cuando se posee o utiliza), siempre existe, si no un dolo directo de ocultar, al menos sí un dolo eventual puesto que se representa ese resultado como esperado, el bien aparentará origen lícito, y el sujeto lo asume y consiente. Así si una persona adquiere un chalé que sabe procedente del tráfico de drogas, en principio no pretende ocultar el origen ilícito ni reintroducir ningún bien en el tráfico lícito, sin embargo este resultado se le mostrará como posible, porque casi con seguridad algún día será dueño del chalé alguien que ignore su verdadero origen, y por tanto podrá aplicarse blanqueo aunque asumamos la teoría restrictiva.

No obstante contra esto cabría decir que esta apreciación de dolo eventual requerirá que se consienta ese resultado posible, porque de existir mera indiferencia hacia él o incluso rechazo ante tal resultado posible, no cabrá hablar de dolo eventual. Además se puede objetar que aunque en algunos supuestos sí pueda apreciarse dolo eventual, el verdadero dolo será normalmente el de enriquecerse y este dolo directo absorberá a cualquier otro eventual que pueda concurrir (25).

En definitiva este problema es consecuencia de la pugna entre el sentido genuino del blanqueo de capitales por un lado, pretender ocultar el origen ilícito de los bienes para poder reintroducirlos en el tráfico económico como si fueran lícitos, y el sentido enormemente más amplio que se le dio en la Convención de Viena. El resultado ha sido una tipificación no del todo correcta. Si se pretende dar al blanqueo la amplitud de la Convención de Viena y al tiempo mantener su espíritu inicial, el Código Penal argentino ha logrado esta conciliación de posturas mediante una fórmula muy original, no empleada en la normativa internacional. Dicho Código castiga por blanqueo a quien: «convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito» (26). Esta redacción mantiene el sentido inicial del blanqueo de capitales sin requerir en realidad la intención de ocul-

(25) Del mismo modo que aunque en un delito de violación pueda existir dolo eventual (o incluso el llamado dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias) en lo que a una breve privación de libertad se refiere, este dolo será arrollado por el verdadero ánimo libidinoso del violador y el delito cometido será únicamente de violación y no, además, de detención ilegal.

(26) Art. 303 CP de Argentina.

tar el origen ilícito. Tal y como define el blanqueo de capitales la Convención de Viena, siempre cabrá esa «consecuencia posible» a la que se refiere el Código Penal argentino por lo que al utilizar esta expresión no se merma ni un ápice su ámbito de aplicación, al tiempo que se mantiene en la letra de la Ley una referencia al sentido inicial del blanqueo. Cuestión distinta será que esta referencia sea necesaria.

7. DEFINICIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS

Sobre la base de lo dicho puede concluirse que no acierta la doctrina cuando define el blanqueo de capitales pues suele incluir en la definición estos dos elementos:

- a) La existencia de bienes, frecuentemente dinero, procedente de ilícitos penales.
- b) La intención de reintroducirllos en el tráfico económico lícito con apariencia de legalidad.

Así para Gálvez Bravo (27) el blanqueo consiste en «actuaciones que tienen como finalidad la incorporación al tráfico económico legal de bienes que proceden de conductas constitutivas de delito, determinando una apariencia de legalidad que permita el uso y disfrute de los mismos». Para Lombardero Expósito (28) consiste en «encubrir el origen ilícito del producto de actividades ilegales (...) hasta que aparezcan dichos productos como originados por actividades legítimas y puedan incorporarse y circular por la economía lícita, no relacionada con el delito». Blanco Cordero (29) lo define como «proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita», Mallada Fernández (30) asume esta misma definición. Para Martínez-Arrieta Márquez De Prado (31) es el «conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o legalidad a bienes o activos de origen delictivo», y para Bajo Fernández (32) una

(27) GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2014, p. 18.

(28) LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M. (n. 3), p. 29.

(29) BLANCO CORDERO, I. (n. 6), p. 92.

(30) MALLADA FERNÁNDEZ, C. (n. 3), p. 48.

(31) MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., *El autoblanqueo*, Valencia, 2014, p. 25.

(32) BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Política...* (n. 4), 2009, p. 13.

«estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza». Todas las definiciones aquí recogidas ponen de relieve los dos elementos antes expuestos con tan sólo una pequeña diferencia en cuanto al origen del dinero en la de Bajo Fernández, que posiblemente se debe a que no pretende definir exactamente el delito de blanqueo, que siempre requiere origen delictivo de la riqueza, sino el fenómeno en su sentido más amplio comprensivo también del dinero que aunque no se haya declarado a las haciendas se ha obtenido lícitamente (33). Mención especial merece Abel Souto (34) para quien este delito consiste en la «incorporación al ciclo económico legal de capitales ilícitamente obtenidos», ciertamente no exige que exista intención de ocultar el origen ilícito, en ese sentido se puede considerar una definición más acertada, pero entendemos que tampoco es del todo correcta cuando restringe el blanqueo a los supuestos en que exista introducción en el mercado de los activos delictivos, y que ese mercado deba ser el lícito y no, también, el ilícito.

Ninguna de estas definiciones del blanqueo de capitales puede considerarse correcta. Si una persona es sorprendida saliendo en coche del chalé de un conocido narcotraficante con el maletero cargado de dinero, el «adquiera» del art. 301 CP, interpretado conforme a la normativa internacional, permite que se la acuse y condene por blanqueo de capitales, y sin embargo no sabemos cuál era su intención. Si pretendía gastar ese dinero en compras en el mercado, aunque no parece que su intención primordial fuera introducir nada en el tráfico lícito, considero más acertado que su intención era lucrarse y la introducción en el tráfico lícito a lo sumo cabría aplicarla a título de dolo eventual, sin embargo lo cierto es que efectivamente acabará el dinero en el tráfico lícito. Pero si la intención era comprar droga con ese dinero, es evidente que no había intención de introducirlo en el tráfico lícito sino muy al contrario, mantenerlo en el ilícito. Cuestión distinta es que se

(33) La doctrina suele distinguir entre dinero sucio, el de origen delictivo, y dinero negro, el obtenido lícitamente pero no declarado a la Hacienda Pública. Existiría no obstante uno intermedio, el dinero obtenido ilícitamente pero mediante actos que no sean constitutivos de delito como la venta ambulante sin la preceptiva autorización o la obtención de devoluciones indebidas de Hacienda sin superar la cuantía de 120.000 euros en un mismo periodo impositivo.

(34) ABEL SOUTO, M.Á., *Normativa...* (n. 3), p. 8. Sorprende esta definición, no tan restringida como las demás pero tampoco tan amplia como se desprende de la normativa internacional, que este autor trata a fondo, y ello a pesar de que opta decididamente (p. 374) por la teoría extensiva en lo que a interpretación del art. 301.1 CP se refiere.

le muestre como posible, e incluso seguro, que tarde o temprano el dinero acabará en el tráfico lícito pero, ni es ésa su intención ni es una consecuencia que tenga por qué suceder en un periodo de tiempo que pudiéramos considerar razonable.

Imaginémonos una conversación telefónica intervenida en que una persona dice a otra que a cambio de unos gramos de cocaína alguien le ha dado un reloj de oro de cierta marca y características y que se lo va a regalar a su interlocutor en prueba de su amistad. Si dicho interlocutor acepta el regalo y en un registro domiciliario que después se practique aparece éste efectivamente en su poder, se le deberá acusar y condenar por blanqueo de capitales, pero si por teléfono expresó su gratitud al donante y le juró guardarlo hasta la muerte, es evidente que no tenía intención de introducir el reloj en ningún tráfico, ni en el lícito ni en el ilícito.

Por todo ello el blanqueo se caracteriza únicamente por el origen delictivo de los capitales y no por la finalidad de los sujetos que en él intervengan, que puede no ser ninguna, máxime si se tiene en cuenta que se castiga también el blanqueo imprudente cuando la imprudencia es incompatible con la intencionalidad. Por tanto, en la definición del blanqueo hay que poner de relieve sólo este elemento de origen delictivo y que comprenda también la gran amplitud de acciones posibles, algo así como «operar con capitales de origen delictivo». Es una definición parecida a la que figuraba hasta fechas muy recientes en el diccionario de la RAE: «delito consistente en adquirir o comerciar con bienes, particularmente, dinero, procedentes de la comisión de un delito grave», como se ve no menciona ninguna intención, y si quitamos la referencia a que el delito deba ser grave, que ha quedado ya anticuada, parece bastante acertada, si bien adquirir o comerciar son términos que no expresan todas las acciones posibles que integran el blanqueo, ya que no contienen por ejemplo la posesión o la utilización. Se debe ampliar la acción con un término como «operar», que según la propia RAE consiste en «obrar, trabajar, ejecutar diversos menesteres u ocupaciones» que parece un término más amplio y comprensivo de las posibles modalidades del blanqueo. En Méjico, donde no se utiliza el término blanqueo, se emplea la expresión «operaciones con recursos de procedencia ilícita» para referirse a este delito, trocando ilícita por delictiva conseguimos una definición acertada para este concepto: «operaciones con recursos de procedencia delictiva».

La definición que el diccionario de la RAE ofrecía del término blanqueo, antes transcrita, ha desaparecido recientemente, entendemos que por la también reciente publicación por el mismo organismo del Diccionario del Español Jurídico, que define el blanqueo de capi-

tales en estos términos: «adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de determinadas actividades delictivas o de participación en ellas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. Se consideran operaciones de blanqueo igualmente las consistentes en ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos, o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generan se desarrollen en el territorio de otro Estado. • CP, art. 301 y Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales. En los artículos 301 y sig. del Código Penal se regula el delito calificándolo como un proceso por el que el dinero y bienes ilícitos de origen son invertidos, ocultados, transformados, y sustituidos por algún económico-financiero legal, integrándose en cualquier clase de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita».

La redacción ha sido bastante desafortunada, por un lado no se opta por definir el blanqueo en pocas palabras sino que se toma por base la tipificación del Código Penal, pero por otro lado tampoco se transcribe ésta literalmente sino que se hacen algunas mutaciones difíciles de digerir. En un principio se expone el blanqueo en el sentido de la interpretación que anteriormente llamamos restrictiva, como si siempre tuviera que pretenderse la ocultación del origen delictivo o el auxilio del culpable, pero además se excluye la referencia a «cualquier otro acto» como si sólo los mencionados pudieran constituir blanqueo. Absolutamente errónea es la expresión «determinadas actividades delictivas» como si sólo algunas de ellas, y no cualquiera, pudiera ser fuente de blanqueo. Si dijera «determinadas actividades ilícitas», aunque impreciso por no referirse expresamente al ilícito penal, no sería incorrecto, pero la expresión utilizada es en todo punto equivocada, como si no pudiera cualquier delito ser fuente de blanqueo. Quizá este error se deba a haber partido de la definición que antes contenía el DRAE, que hacía referencia expresa, como se acaba de transcribir, al delito grave, lo que puede que fuera correcto en el momento en que se redactase esa definición, pero no actualmente. A continuación se pretende hacer referencia al apartado segundo del art. 301 CP, pero no se han usado tampoco sus mismas palabras, no entendemos por qué se sustituye «ubicación» por «localización», aunque no parece tener mayor trascendencia, pero incorrecta nos parece la sustitución de «destino» por «disposición», como si significara lo mismo una cosa que otra. El inciso final de la definición transcrita parece que intenta hacer una síntesis del delito, pero incurriendo nuevamente en el error de considerar que el blanqueo supone el paso de lo ilícito a lo lícito, y además

parece que entre las palabras «algún» y «económico-financiero» se olvidaron de la palabra «cauce».

Sorprende que el diccionario no jurídico de la RAE definiera este término con mayor concisión y rigor que el diccionario jurídico. Pero peor aún es la definición del término «blanquear» que el Diccionario del Español Jurídico recoge como: «ajustar a la legalidad fiscal el dinero negro», idéntica a la que sigue recogiendo el DRAE como acepción sexta de esa misma palabra. No nos parece que ese vocablo en el lenguaje cotidiano tenga ese sentido, como si quien no declaró al fisco cierta cantidad de dinero, y posteriormente la declara, lo exprese como «he blanqueado» o «voy a blanquear». Si dudas nos ofrece en el lenguaje cotidiano, no nos las ofrece en el lenguaje jurídico, la definición es incorrecta, blanquear en Derecho es cometer delito de blanqueo, y el blanqueo de ninguna manera se podrá definir como declarar el dinero negro. Ajustar a la legalidad fiscal el dinero negro, en Derecho es «regularizar», como dicen, entre otros muchos, los arts. 145 y 252 LGT y 305.4 CP.

8. CONSIDERACIONES EN TORNO AL TÉRMINO «BLANQUEO»

Los errores al definir el blanqueo se deben al sentido originario del concepto y además a que el término utilizado es también erróneo, o al menos no se ajusta a su sentido actual. Suelen utilizarse términos que hacen referencia a la voluntad de limpiar o purificar, es decir al blanqueo genuino, principalmente lavado, blanqueo, legitimación y reciclaje.

El término lavado de dinero es de origen estadounidense (*money laundering*) al parecer utilizado por primera vez por la prensa de aquel país en 1928 para referirse al modo en que Al Capone intentaba justificar sus elevados ingresos, mediante una cadena de lavanderías que había creado al efecto (35). En el ámbito judicial se usó por primera vez en 1982 para referirse a dinero lavado procedente del tráfico de drogas colombiano (36). Se ha extendido a los países de habla inglesa, a Alemania (*Geldwäsche*), y a muchos más.

Blanqueo es término de origen francés (*blanchiment*) y es el que ha terminado imponiéndose en España y también en Portugal (*branqueamento*), no así en Brasil que optó por lavado, y reciclaje (*reciclaggio*) es el utilizado en Italia.

(35) GÁLVEZ BRAVO, R. (n. 27), p. 17.

(36) BLANCO CORDERO, I. (n. 6), p. 83.

En América se utiliza «blanqueo» en Panamá y Uruguay, «legitimación» en Venezuela, Bolivia y Costa Rica, «lavado» en Argentina, Perú, Paraguay, Colombia, Chile, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Cuba, Dominicana y Puerto Rico. Ecuador utiliza «conversión» o «transformación», Guatemala «transacciones e inversiones ilícitas», y el más correcto en mi opinión, según se ha dicho, Méjico «operaciones con recursos de procedencia ilícita» (entiendo que debe decirse delictiva). Cuestión diferente es que se utiliza la descripción del delito para referirse a él sin otorgarle en realidad un nombre concreto.

En España se han propuesto otros términos, así Fabián Caparrós (37) emplea reintroducción, normalización, reconversión y reciclaje y Ruiz Vadillo (38) opta por una expresión más descriptiva «colaboración para legalizar el dinero o bienes procedentes de actividades ilícitas penales» o simplemente «legalización».

Es evidente que todos estos términos parten del sentido genuino del blanqueo, e ignoran la extensión que el delito tiene ya desde la Convención de Viena. No obstante cualquier nuevo nombre que se pretenda asignar a este delito colisionará con la raigambre que comienza ya a tener, por incorrecto que pueda resultar, el término «blanqueo» pues como señalan Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios «no puede negarse al término su expresividad y valor periodístico» (39).

9. FIGURAS AFINES AL BLANQUEO DE CAPITALES Y DISTINCIÓN ENTRE ELLAS

Tamaño amplitud del blanqueo de capitales puede provocar dificultades de deslinde y problemas concursales con otros delitos. Los dos delitos más próximos al blanqueo, según se ha dicho anteriormente, son la receptación y el encubrimiento, recuérdese que hasta la última reforma en esta materia operada por LO 5/2010, el Código llamaba al blanqueo de capitales figura afín a la receptación.

(37) FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *Anuario de Derecho Penal*, Tomo XLVI, fascículo II, mayo-agosto de 1993, pp. 603 y 605.

(38) RUIZ VADILLO, E., «El blanqueo de capitales en el Ordenamiento Jurídico español. Perspectiva actual y futura», *Boletín informativo del Ministerio de Justicia*, n.º 1641, 1992, p. 114.

(39) ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, 2007, p. 41.

9.1 La receptación

La principal diferencia entre el blanqueo y la receptación es que, actualmente, cualquier delito puede ser fuente de blanqueo y sin embargo, sólo los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico pueden ser fuente de receptación. Al introducirse la receptación en el Código Penal en 1963, en fecha anterior al comienzo del tráfico de drogas, el legislador consideró, erróneamente, que sólo los delitos patrimoniales podrían dar lugar a un gran capital que poder receptor. Una vez se comprobó que esto no era cierto, o incluso totalmente equivocado, con el desarrollo del tráfico de drogas en las décadas de 1970 y 1980, se debiera haber ampliado el delito fuente de la receptación, pero no se hizo porque un nuevo delito, el blanqueo de capitales, nacido para un fin parecido a la receptación pero no idéntico, se tipificó con tal amplitud que absorbió la receptación. Esto desnaturalizó el carácter genuino del blanqueo, que podría haber quedado sólo para los supuestos para los que nació y haberse extendido a cambio la receptación a conductas como la mera adquisición de bienes de cualquier origen delictivo, no necesariamente con procedencia en delitos patrimoniales. No se hizo así seguramente por la corriente internacional que tiende a maximizar el blanqueo de capitales, por lo que tampoco tendría sentido ahora una reforma legislativa en el sentido indicado. Incluso sería más acertado, dado que el blanqueo absorbe la receptación, la desaparición del delito de receptación y que las conductas castigadas por ese delito se castiguen por el de blanqueo. De lo contrario, en el ejemplo formulado del reloj obtenido por un vendedor de droga que lo dona a un amigo, resulta el donatario privilegiado absurdamente si el reloj procede de un delito contra el patrimonio, un robo por ejemplo, dada la menor penalidad de la receptación, que habrá de aplicarse en ese caso.

Otra diferencia es el ánimo de lucro, elemento del tipo en la receptación pero no en el blanqueo en que este ánimo no está excluido, y generalmente estará presente, pero no necesariamente. Otra, la necesidad de no haber participado el receptor ni como autor ni como cómplice en el delito fuente de la receptación, mientras que en el blanqueo se admite expresamente la posibilidad de haber participado en él con la fórmula «cometida por él o por cualquiera tercera persona» permitiéndose así el autoblanqueo, pero no la autorreceptación.

Las conductas típicas en la receptación son «reciba, adquiera u oculte», que también lo son del blanqueo, pero además hay otra no mencionada expresamente en el blanqueo que es «ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos». En el blanqueo la ayuda debe ir

dirigida a que los culpables eludan su responsabilidad legal pero no a que se aprovechen de los bienes de origen delictivo. Sin embargo es difícil concebir que un acto llevado a cabo con esta última finalidad no sea subsumible en ninguna de las conductas típicas del blanqueo por lo que igualmente entiendo que tampoco en este punto la receptación castiga un supuesto no contemplado por el blanqueo.

Finalmente, otra diferencia es la penalidad, de menor severidad en la receptación, castigada sólo con pena de prisión, sin la multa acumulativa del blanqueo. Aunque el límite mínimo de la pena de prisión es igual en la receptación que en el blanqueo, el máximo difiere de manera notabilísima pues tan sólo alcanza dos años en la receptación (salvo el tipo agravado introducido por LO 1/2015 en el art. 298.1 que prevé prisión de uno a tres años), mientras que en el blanqueo alcanza los seis años. Esta diferencia supone que la receptación se sustancie en el Juzgado de lo Penal y no en la Audiencia Provincial y que la sentencia sea recurrible en apelación a la Audiencia y no en casación al Tribunal Supremo. No obstante tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, contra la sentencia que dicte la Audiencia Provincial en segunda instancia, de acuerdo con la nueva redacción del art. 792 LECrim, podrá interponerse recurso de casación, si bien sólo por infracción de Ley y no por quebrantamiento de forma. Además en la receptación la pena no podrá superar la del delito fuente, límite que no existe en el blanqueo.

Hasta la modificación del Código Penal por LO 1/2015 que ha suprimido las faltas, la receptación, si era habitual, podía provenir de una falta, lo que nunca sucedía con el blanqueo, pero convertidas las faltas en delitos leves, podrán ser igualmente fuente de blanqueo.

En caso de concurso de leyes entre receptación y blanqueo, es decir, cuando una conducta se puede castigar como receptación o como blanqueo, se debe aplicar la receptación por el criterio de especialidad contenido en el art. 8.1 CP pues la receptación está especialmente prevista para los casos en que el delito fuente sea contra el patrimonio o el orden socioeconómico (40).

9.2 El encubrimiento

(40) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (n. 19), p. 364: «se debe optar por la receptación, pues constituye una ley especial frente al blanqueo en la medida en que su ámbito de sujeto activo, conducta y objeto material es más restringido, y además la receptación exige expresamente el ánimo de lucro».

El encubrimiento tiene dos características comunes con la receptación y que lo distinguen del blanqueo y otras dos comunes con el blanqueo y que lo distinguen de la receptación.

Del primer grupo son la exigencia de no haber participado en el delito previo, es decir que tampoco cabe hablar de autoencubrimiento, y la menor penalidad respecto de dicho delito, no pudiendo imponerse nunca pena más grave por encubrir un delito que por cometerlo.

Al segundo grupo pertenecen el carácter ilimitado del delito fuente, que puede ser cualquiera, no sólo los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, así como el carácter contingente del ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo.

Las acciones típicas del encubrimiento son ayudar y ocultar. La ayuda se tipifica de dos formas. Una recuerda al blanqueo de capitales: «ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación», si bien en este caso se restringe el delito fuente a un elenco cerrado de delitos muy graves o a que el culpable haya actuado abusando de función pública. Otra recuerda a la receptación: «auxiliando a los autores o cómplices a que se beneficien del provecho, producto o precio del delito», si bien en este caso se excluye el ánimo de lucro propio, distinguiéndose así de la receptación. La otra acción tipificada, ocultar, debe ir concretamente dirigida a impedir el descubrimiento, que en el caso de la receptación no se determina expresamente aunque parece que deba interpretarse de esa manera. Las otras dos acciones tipificadas en la receptación, reciba y adquiera, no tienen equivalente en el encubrimiento.

Se distingue el encubrimiento de la receptación y el blanqueo en no ser delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico sino contra la Administración de Justicia. Asimismo se diferencia en la excusa absolutoria llamada «encubrimiento entre parientes» que, excepto para el auxilio para aprovecharse del producto o precio del delito, recoge el art. 454 CP. No obstante la excusa absolutoria de parentesco, aplicable sólo a las conductas de posesión y utilización, sería acertado introducirla en el Código para el delito de blanqueo, pues sería una buena forma de evitar la aplicación de este delito al consorte o a los hijos que comparten casa con el delincuente.

Si anteriormente se ha sostenido que podría desaparecer la receptación del Código Penal sin quedar impune ninguna conducta penada por ella, tal es la amplitud del blanqueo; no cabe decir lo mismo del encubrimiento. Ciertamente que las acciones tipificadas en el encubrimiento parecen encajar en las del blanqueo. Sin embargo ayudar a un asesino a deshacerse del cadáver, aunque en rigor encaja en el «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir

las consecuencias legales de sus actos» del art. 301 CP, la interpretación de la norma jurídica «en relación con el contexto» que impone el art. 3 CC aniquilará cualquier intento de subsumir el encubrimiento de un homicidio en un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico, por lo que para penar tales conductas es imprescindible mantener el delito de encubrimiento.

En cuanto al problema concursal con el blanqueo, hay quienes lo dirimen aplicando la regla de la especialidad, bien considerando delito especial el blanqueo como hace Serrano Gómez (41), o bien considerando delito especial el encubrimiento como hace Aránguez Sánchez (42). La primera de las teorías podría ser admisible cuando el blanqueo tenía por único delito fuente el tráfico de drogas, pero dada la actual amplitud del blanqueo no sería fácil concebir otro delito más general que éste, por lo que en ningún caso debe resolverse el problema concursal aplicando el principio de especialidad a favor del blanqueo. Aplicarlo a favor del encubrimiento puede ser más razonable, aunque entiendo más apropiado resolver el problema aplicando la regla del art. 8.3 CP a favor del blanqueo por ser un delito más amplio y complejo que el encubrimiento, no obstante es muy poco habitual en la práctica forense el delito de encubrimiento.

10. CONCLUSIONES

1. Debe mantenerse la línea jurisprudencial que hasta fechas recientes se ha mantenido en la interpretación del art. 301 CP y de no ser así, lo que estaría justificado debido a la redacción de dicho artículo, España está obligada por los tratados internacionales que tiene suscritos, a modificar el art. 301 CP a fin de que se retorne a esa línea jurisprudencial.

2. Ninguna definición del blanqueo de capitales debe contener como elemento necesario la intención de ocultar el origen ilícito de los bienes blanqueados o auxiliar a los culpables del delito a eludir sus

(41) SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra el patrimonio*, Madrid, 1996, p. 572: «en caso de plantearse concurso de leyes es de aplicación preferente el art. 301.2 por el principio de especialidad».

(42) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (n. 19), p. 367: considera el encubrimiento «el precepto más específico, ya que, y a pesar de que el delito que sirve de base al blanqueo es más concreto que el del encubrimiento [sólo delitos graves cuando Aránguez Sánchez redactó estas palabras], el objeto material del encubrimiento no puede haber sido sustituido, la conducta típica es menos amplia, no admite ni imprudencia ni dolo eventual, etc».

consecuencias, ni tan siquiera la idea de introducción de los capitales ilícitos en el mercado, se debe definir simplemente como «operaciones con recursos de procedencia delictiva».

3. El término «blanqueo» no es expresivo del concepto al que pretende referirse pues este delito no consiste en dar apariencia de licitud.

4. La maximización del delito de blanqueo de capitales ha dado lugar a la absorción del delito de receptación, delito que debe desaparecer del Código Penal pues supone un elemento distorsionador en la punición del blanqueo, sin embargo el delito de encubrimiento no está totalmente absorbido por el blanqueo de capitales y debe mantenerse su vigencia.



La ejecución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense

The execution of custodial sentences for freedom in the military field

JUAN VICTORIO SERRANO PATIÑO

Abogado. Doctor en Derecho.

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación

*Odia al delito y compadece al delincuente
(Concepción Arenal)*

RESUMEN

Las penas privativas de libertad forman parte inevitable del modelo de sociedad que quiera hacerse. El presente trabajo analiza la ejecución de las mismas en el ámbito castrense y los cambios producidos tras la reciente aprobación del Código Penal Militar y la reforma penal.

Palabras clave: *Ejecución de penas, derecho militar, Código Penal Militar, reforma penal y reforma castrense.*

ABSTRACT

The custodial sentences are inevitable part of the model of society that wants to be. This paper analyzes the implementation of them in the military field and the changes following the recent adoption of the Military Penal Code and penal reform.

Keywords: *Execution of penalties, military law, Military Penal Code, penal reform and military reform.*

SUMARIO: Abreviaturas utilizadas. I. Presentación y justificación del tema.– II. Enfoque inicial.–III. El principio de legalidad en las penas privativas de libertad militares.–IV. De la forma y del procedimiento en la ejecución de las penas privativas de libertad en el sistema castrense.–V. Incidencias en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. 5.1. La remisión condicional o condena condicional. 5.2. La suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad por demencia sobrevenida.–VI. La ejecución de medidas de seguridad.–VII. Reflexiones finales.–VIII. Referencias Bibliográficas.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CJM	Código de Justicia Militar
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
EPM	Establecimiento Penitenciario Militar
FFAA	Fuerzas Armadas
GC	Guardia Civil
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
JVPM	Juez Togado Territorial Militar con funciones de Vigilancia
LOCOJM	Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
LECrim	Ley Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPM	Ley Orgánica Procesal Militar
RPM	Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

I. PRESENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El pasado 1 de octubre de 2015 el Congreso de los Diputados aprobó el nuevo CPM (1) que sustituye al CPM 1985, si bien formalmente no entró en vigor sino el 15 de enero del año próximo, en virtud de la *vacatio legis* de tres meses (2) prevista, una vez publicado en el *BOE*, continuando hasta entonces el anterior texto normativo.

Si el CPM 1985, conforme con el modelo de sociedad española forjada tras el advenimiento de la CE, acabó con la vigencia del CJM 1945 que abarcaba globalmente toda la justicia militar (penal, procesal y disciplinaria) para centrarse estrictamente en la punitiva, cambiando la mentalidad hasta entonces imperante; la reforma actual, da un paso más, limitando el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable.

Así las cosas, el nuevo CPM, contiene sólo 85 artículos, en contraposición con el anterior que tenía 169 o el CJM con 1072.

En este sentido, cumple con la previsión constitucional contenida en el art. 117.5 CE de limitación de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

Por otro lado, supone un cambio de mentalidad, pues una línea roja infranqueable en el ámbito castrense, principalmente por razones de ejemplaridad y disciplina, era la de la ejecución *ipso iure* de las penas privativas de libertad para los reos que pertenezcan al ejército (3), por muy cortas que pudieran resultar –nunca inferiores a tres meses– sin que cupiera la remisión, suspensión o condena condicional, ni tampoco elementos alternativos a la pena de prisión militar. Dentro de lo que son las penas privativas de libertad, el presente trabajo abundará en su ejecución, en un espacio con jurisdicción propia, como es el ámbito castrense, que presenta ciertas particularidades (4),

(1) Formalmente es la LO 14/ 2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, publicada en el *BOE* núm. 247, de 15 de octubre de 2015.

(2) En virtud de su disposición final octava, «*La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia.*».

(3) En este sentido, el art. 44 CPM 1985 significa «*se confiere a los Tribunales y Autoridades judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que no pertenezcan a los ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta.*».

(4) GARCÍA VALDÉS, C. *Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Ponencias presentadas en las I jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares. Facultad de Derecho-ICE. Mayo de 1984. Editorial Universidad de Alcalá de Henares. 2.ª Edición. Salamanca 1989, p. 772, llega a

aunque cada día se haga más homogéneo (5) con el sistema penal ordinario, formando ambos parte de una estrategia global; debiendo nuestro querido país, España, mirar en el pasado para crear un futuro, lleno de esperanzas, donde todos quepamos, sumemos y no restemos, tal y como ha señalado nuestro Rey Felipe VI en su primera felicitación navideña.

II. ENFOQUE INICIAL

Las Constituciones españolas de 1812 y 1876 señalaron los fines de la ejecución de las penas. La de Cádiz, afirmando que «*las cárceles servirán para asegurar y no molestar a los presos* (art. 297) o la Constitución de 1876, señalando que «*toda persona tiene derecho, caso de caer en culpa o delito, a la corrección y purificación por medio de la pena*» (art. 8). Cabe recordar que, en el caso de la Constitución gaditana, la idea reflejada había sido plasmada de idéntica forma en el dictamen del proyecto de Reglamento elaborado por la Comisión de Justicia de las Cortes de Cádiz «para que las causas criminales tengan un curso más expedito que los perjuicios que resultan a los reos de una arbitrariedad de los Jueces,» así que «las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia, y deberán ser las más anchurosas y sanas, y con las comodidades posibles» (6). Como apuntará Alzaga nos encontramos ante una «singular mixtura de prevenciones de abusos sufridos en el pasado, de aportaciones de las primeras declaraciones de derechos europeas y de los Estados federados norteamericanos, de las mejores prácticas procesales de la nueva Europa liberal y de

afirmar que no puede ponerse en duda la existencia de un derecho penitenciario militar al lado del común.

(5) En el sentido apuntado, resultan muy clarificadoras las palabras de MONZÓN Y DE ARAGÓN, M. *Ayer y hoy de la jurisdicción militar en España*. Discurso leído el día 27 de abril de 2003 en su acto de recepción pública y contestación de FLORES PÉREZ, A. Real Academia Sevillana de Legislación y jurisprudencia. Editorial Comares, S. L. Sevilla 2003, p. 29, cuando ya señala: «El derecho militar de hoy es producto de una evolución histórica con presencia de unos datos de continuidad y otros de diversidad, rasgos de toda vida histórica, sin que se pueda renunciar a ninguno de los dos. En esta evolución se va acentuando constantemente el paralelismo con los progresos del derecho común, que, en una auténtica recepción, se ha infiltrado en el derecho militar, modificando el viejo espíritu de las Ordenanzas, aceptando las modernas técnicas codificadoras, siendo un fenómeno que en nada afecta a la autonomía del Derecho Militar».

(6) Cfr. REVIRIEGO PICÓN, F. «Los derechos de las personas privadas de libertad», *Cultura de la paz y grupos vulnerables. Libro II. Historia de los derechos fundamentales* Tomo IV. Siglo XX, Madrid 2014, pp. 989 y ss.

principios derivados de la concepción cristiana de la dignidad de la persona. Entrelazado que pone los cimientos de nuestra práctica humanitaria en prisiones» (7).

Dicho lo anterior, no resulta ahora ocioso distinguir entre lo que es la ejecución de la Sentencia penal, de lo que es la ejecución de la pena, por cuanto en dichos términos reside precisamente la distinción entre ejecución y cumplimiento (8), siendo la primera, una actividad propiamente judicial, en tanto que el cumplimiento de una condena no supone una actividad procesal sino propiamente administrativa, sin perjuicio de su control por el JVPM, como no puede ser de otra manera, a fin de evitar los abusos y desviaciones que pudieran producirse y siempre que éstos afecten a los derechos de los internos (9).

El cumplimiento de la Sentencia, por lo tanto, supone una actividad penitenciaria que en el derecho castrense destacaría por dos características como son, de un lado en la aplicación de las penas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios militares o, mejor dicho, en el único existente de Alcalá de Henares (10), y del otro, el cumplimiento de las restantes penas.

(7) ALZAGA VILLAAMIL, O., «La justicia en la Constitución de 1812», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

(8) En este sentido resulta interesante, GÓMEZ ORBANEJA, E y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Ageda. 10.^a Edición. Madrid 1987, p. 375., que precisan que desde que se traslada un interno a un establecimiento la competencia de los Tribunales, de cara a la ejecución deja de ser exclusiva (art.990 Lecrim); en realidad cesa, hasta que puede reaparecer en cuanto surja un incidente ejecutivo a la necesidad de declarar modificada o extinguida la pena. Y así consideraran que «forman parte de la actividad procesal de ejecución (una fase del proceso penal) los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena conforme con la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; así como a la resolución de los incidentes de ejecución y a declarar las modificaciones o extinciones que sobrevengan de las penas. Constituyen la actividad penitenciaria los actos de otras competencias del Estado que tienen a su cargo la realización material de las penas conforme a las resoluciones de ejecución del órgano jurisdiccional.

(9) En este sentido SERRANO PATIÑO, J. V. «La Protección Judicial en el Sistema Penitenciario Militar Español». *Revista de la UNED*, núm. 12, 2013. También en RDUNED. Revista de derecho UNED, ISSN 1889-9912, núm. 12. 2013, pp. 743-763, señala: «El Juez de Vigilancia Penitenciaria es una figura clave en el sistema penitenciario, garante de los derechos de los internos y como órgano integrante del poder judicial, independiente del poder ejecutivo, puede poner remedio a los abusos y desviaciones que puedan producirse en el sistema penitenciario».

(10) El EPM de la Isleta, ubicado en las Palmas de Gran Canaria coexistía con el de Alcalá de Henares desde 1989 hasta que oficialmente fue cerrado el 1 de febrero de 1995, según consta en la estadística de la jurisdicción militar del año 2010. Desde entonces, solo existe el EPM de Alcalá de Henares.

Si resumiéramos el proceso penal, en una fórmula esquemática, convendríamos que éste tiene una fase de instrucción, otra de enjuiciamiento y finalmente una fase de ejecución.

Una vez ejecutada la Sentencia penal, si ésta resulta condenatoria, se dará debido cumplimiento a una determinada pena, que puede ser de distinta clase, despuntando entre ellas en el derecho militar, la pena privativa de libertad.

Cuando la Sentencia sea absolutoria, no habrá actividad de ejecución, salvo la básica y no menos importante, como sería la de poner en libertad a un procesado si éste estuviera en prisión provisional, pero, en este caso, no estaríamos ante la ejecución de una pena sino ante el levantamiento de una medida cautelar sin ninguna razón de ser, por lo que estaríamos ante lo que se ha venido conociendo doctrinalmente como actos de ejecución impropia.

No nos encontraríamos ante una actividad de ejecución impropia sino ante una actividad propia en la ejecución, en los casos que el Tribunal declara la exención de la correspondiente responsabilidad criminal, por ejemplo, por existir una causa de inimputabilidad, aplicando, como alternativa a la pena de prisión, la medida de seguridad legalmente procedente, lo que implicará que, en todo caso, haya que desplegar una cierta actividad de ejecución.

Llegado a este punto, al menos desde el punto de vista procedimental, se debería de distinguir entre la ejecución y el cumplimiento material de la misma. Pues bien, la ejecución correspondería propiamente al Tribunal que hubiera dictado la Sentencia, en tanto que el cumplimiento propiamente dicho, correspondería a la Administración penitenciaria militar.

En el sentido apuntado, González Cano (11) afirma: «No toda actividad que implica la ejecución de una pena privativa de libertad puede ser calificada como actividad jurisdiccional, al igual que no todas las incidencias que conlleva dicha ejecución y cumplimiento poseen naturaleza administrativa y por lo tanto deben quedar encomendadas a dicha autoridad».

Dicho esto, no es de extrañar, que determinados actos sean competencia, en todo caso, del órgano judicial que hubiera dictado la Sentencia y que conoce de la ejecutoria (liquidación de la condena (art. 345 LPM), refundición de la condena (art. 349 LPM), remisión condicional, también llamada condena condicional (arts. 368 a 374 LPM y preceptos concordantes de aplicación), apelación frente a incidencias

(11) GONZÁLEZ CANO, I. «La ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito castrense y el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 63. Enero-Junio de 1994, p. 72.

derivadas de clasificación (DA 5.^a LOPJ), incidencias suspensivas en la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad por demencia sobrevenida (arts. 364 a 367 LPM), licenciamiento definitivo (art. 34 RPM), en tanto otros actos, como meramente fiscalizadores de la mera manifestación administrativa en el ejercicio de la actividad de cumplimiento de la Sentencia (aprobación de la refundición de penas, de la libertad condicional y de los beneficios que puedan suponer un acortamiento de la condena), caerán bajo la égida del Juez de Vigilancia.

Que haya esta separación, entre actividades propias de ejecución y aquellas de régimen o de cumplimiento, y que determinan, en suma, una dualidad de órganos judiciales, pudiera conducir con un sentido pragmático, propio de los tiempos que hoy vivimos agravado por la crisis económica que venimos sufriendo, a reflexionar sobre lo innecesario de este sistema, sólo entendible y explicable si se piensa que ante determinadas incidencias pudiera modificarse el sentido de la Sentencia, por lo que, en todo caso, debe de entender de las mismas el mismo órgano que hubiera entendido la *cognostio*, en tanto que de otros actos (recurso frente a un permiso) puedan entender otros órganos más ágiles, porque la decisión de estas cuestiones en ningún caso se acercaría a una posible y eventual modificación de lo resuelto en Sentencia firme.

En todo caso, la actividad penitenciaria, forma parte de lo que hemos llamado el cumplimiento en la ejecución de las penas privativas de libertad.

Como antes apuntábamos, hasta ahora en la jurisdicción militar todas las penas privativas de libertad una vez firmes eran ejecutables, sin que cupiera la suspensión ni tampoco su sustitución por una alternativa para los reos pertenecientes a los ejércitos, de manera que, una pena corta de libertad daría lugar a su inevitable cumplimiento y entrada en EPM, lo que sin duda fue criticado por la doctrina más actualizada.

En este sentido, Mestre Delgado (12) afirmará que, a su juicio «ni el mantenimiento de la disciplina, ni la eficacia de la ejemplaridad, exigen la previsión del ingreso efectivo en prisión para el castigo de infracciones de relativa menor transcendencia; Y que estos valores son también compatibles con un sistema jurídico que admita la suspensión (condicionada –no se olvide– al buen comportamiento en los plazos legalmente determinados, y revocable en caso contrario) de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad en el ámbito penal militar».

(12) MESTRE DELGADO, E. «Un ordenamiento doblemente especializado». *Revista la Ley Penal*. núm. 106. Enero-Febrero 2014, p. 4.

De todo lo anterior, podemos afirmar que en el ámbito castrense existía una idea indubitada sobre la consideración que toda pena privativa de libertad que no suponga el ingreso efectivo en una prisión militar atentaba contra la disciplina castrense, por lo que existe una renuencia tradicional contraria a la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad, aunque sean de corta duración.

En suma, se considera que la prevención general debe de ser el principal argumento, por el efecto intimidatorio de la pena, ideas que en nuestra modesta opinión igualmente debían de revisarse, para acomodarse a planteamientos científicos más actuales.

Pues bien, esta mentalidad deberá de cambiar a partir de ahora, o mejor dicho a partir de la entrada en vigor del nuevo CPM porque, como ya adelantábamos, introduce *ope legis* en su art. 22.1 un cambio de rumbo, estableciendo que los Tribunales Militares podrán aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El verbo utilizado «podrán» introduce sin duda un deseable margen de discrecionalidad al Tribunal, para en función de las circunstancias del caso y del autor, tomar tan importantísima decisión de ejecutar o suspender la pena, evitando el ritualismo acrítico de su automática concesión o convirtiendo esta institución no tradicional en el mundo castrense en meramente residual, justificando así una resistencia pasiva; tiempo habrá de analizarlo.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD MILITARES

En el *iter* que va desde la existencia de un delito a la ejecución de la pena privativa de libertad que corresponda, podemos distinguir varias garantías que tienen en común el sometimiento al estricto principio de legalidad (13). A saber:

- La garantía criminal según la cual no existe delito sin que una ley anterior lo haya previamente tipificado (14).
- La garantía penal que impide imponer una pena por delito que no haya sido establecida en la Ley (15).

(13) El art. 9.3 CE señala que la Constitución garantiza el principio de legalidad.

(14) Se contempla en el art. 25.1 CE, 1.1 CP y en el art. 4 CPM.1985

(15) Se contempla en el art. 2.1 CP así como en los arts. 4 y 20 CPM 1985.

- La garantía jurisdiccional (16) por la que nadie puede ser condenado sino en virtud de Sentencia firme dictada por el Tribunal competente, sometido únicamente al imperio de la Ley y el derecho.
- La garantía ejecutiva (17) que implica que no podrá ser ejecutada pena alguna en forma distinta de la prevista en la Ley y los Reglamentos.

Dejando las dos primeras garantías, nos centraremos en las atinentes a las de naturaleza propiamente castrense.

El CJM no contemplaba regulación alguna sobre la ejecución de la pena privativa de libertad ni tampoco enmarcaba el principio de legalidad en su ejecución, aunque sí se disponía en su art. 241 que no podía ejecutarse pena alguna sino en virtud de Sentencia firme y en la forma prevista por las leyes. Y no existía propiamente una regulación unitaria sobre la forma en la que había de cumplirse la pena, normalmente privativa de libertad, existiendo una distinta regulación para cada fortaleza, castillo, prisión o penal, tal y como reconocía el RPM 1978, precedente inmediato del RPM actual y que acabaría definitivamente con dicha situación al establecer una reglamentación unitaria en este sentido.

Como preludio del RPM 1992, la LPM, en su art. 338, contempla la garantía jurisdiccional y ejecutiva, señalando: «*Las penas impuestas en Sentencias firmes dictadas en la jurisdicción militar se ejecutarán conforme se establezca en la Sentencia y en la forma que dispongan las Leyes y Reglamentos*» (18).

A ello hay que añadir, que no existe acto administrativo, ni siquiera en la Administración militar, por muy reservado o secreto que sea, que pueda estar sustraído al control judicial o al espacio de la posible fiscalización de los Jueces y Tribunales, lo que García de Enterría (19) dejaba suficientemente claro y sin excepción, afirmando que «no hay en derecho español ningún “espacio franco o libre de Ley” en que la Administración pueda actuar con un poder antijurídico y libre. Los actos y disposiciones de la Administración, todos, han de “someterse a derecho”».

(16) Se contempla en el art. 3.1 CP.

(17) Se contempla en el art. 3.2 CP.

(18) El art. 990, párrafo primero de la LECrim señala que «*las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los Reglamentos*».

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Curso de Derecho administrativo I. 11.ª edición. Editorial Cívitas. Madrid 2002, p. 442.

En este sentido, Pignatelli (20) de forma contundente explica que «no es posible estimar que existan en nuestro ordenamiento mandatos antijurídicos obligatorios, ya que amén de antinómica, tal existencia estaría en franca oposición con el texto constitucional, que consagra la primacía de la ley sobre el ejercicio de la autoridad, por lo que mal puede la ley dispensar una tutela a aquel ejercicio que conduzca a justificar una manifestación antijurídica del mismo, contradictoria, por lo tanto de la propia ley que no se halla por encima».

El nuevo CPM 2015 no hace regulación alguna de las garantías recogidas en el anterior texto legal, acuñando una fórmula de estilo que no deja dudas al respecto (21), por cuanto si el proceso penal militar forma parte del ordenamiento jurídico, deberá de tener lógicamente las mismas garantías que cualquier procedimiento penal ordinario, con lo que ahora es innecesario una concreta regulación.

Autores como Jiménez Villarejo (22) en su momento apuntaban, con motivo de la sustitución del CJM de 1945 por el CPM de 1995 y su considerable mengua en el articulado, que no resultaba correcto hablar del derecho penal militar como una rama autónoma del derecho sancionador «siendo seguramente más atinada la conceptualización del mismo como un capítulo especial –todo lo extenso y singularizado que se quiera– del Derecho Penal», añadiendo «ahora bien, la supuesta aproximación del Derecho Penal Militar al común, operaba por la considerable pérdida del contenido del Libro Primero del Código Penal Militar, hay que reconocer que el mayor número de las especialidades que aún subsisten se concentran en el Título III de dicho libro, dedicado a “las penas”».

Dentro de estos fundamentos, también nos encontrábamos con autores como Higuera Guimerá (23) que reivindican el principio unitario, según el cual «los Ordenamientos civil y militar deben regular de la misma forma hechos análogos, y únicamente el militar debe de

(20) PIGNATELLI Y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del Título XXI del Libro II del Código Penal*. Ministerio de Defensa. Madrid 2003, p. 218.

(21) Señala, en este sentido, el art. 1.2 CPM 2015 «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal».

(22) JIMÉNEZ VILLAREJO, J. «La Reforma Penal Militar. Determinación e Individualización de la Pena». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 63. Enero-Junio de 1994, pp. 16 y 17.

(23) HIGUERA GUIMERÁ, J. F. *El Cumplimiento de las penas. Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez Villasante. Civitas. Madrid. 1988, p. 568.

ordenar exclusivamente aquellas materias que necesiten una específica y especial regulación; pero estas especialidades deben de ser las mínimas e imprescindibles para atender a la finalidad y particular función de las Fuerzas Armadas junto con los especiales deberes que tienen sus componentes, de otra forma se produciría discriminación».

Así las cosas, el nuevo CPM parece haber impuesto definitivamente la tesis de la regulación exclusiva de la especialidad, con remisión de los campos comunes al sistema ordinario, en el que evidentemente se integra. Esta técnica, sin duda, resulta muy operativa, de cara a futuras modificaciones, ya que cualquier reforma que se haga en el derecho común incide automáticamente sobre el ámbito castrense sin mayores desfases ni tener que volver a reformar el texto militar.

IV. DE LA FORMA Y DEL PROCEDIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL SISTEMA CASTRENSE

Quisiéramos, en primer lugar, empezar señalando que si el tiempo máximo de cumplimiento de la condena en el CPM 1985 se establece en treinta años (art. 40), no así la duración de la pena máxima de prisión que fija en veinticinco años (art. 26), el nuevo CPM 2015 ratifica el máximo de la prisión en veinticinco años (art. 12.1) guardando silencio sobre el máximo de cumplimiento, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en legislación común (24).

El tiempo mínimo de la pena privativa de libertad será de dos meses y un día (25) por imperativo del art. 12.1 CPM 2015, a diferen-

(24) Que por disposición del art. 76 CP lo fija en veinte años, salvo que concurran las circunstancias previstas de acumulación de varias penas, en cuyo caso dicho límite máximo será de 25, 30, 40 y 40 años, que en nada tiene que ver con la prisión permanente revisable, prevista en el art. 36 CP, que es una pena específica común para los delitos más graves, no prevista para los delitos militares.

(25) Precisamente «ese día» distinguía la pena del arresto disciplinario, ya que con arreglo al art. 10 de la LO 12/85 la sanción por falta grave estaba castigada con arresto de un mes y un día a tres meses, régimen que fue derogado por LO 8/ 1998 que en su art. 9 imponía para la falta grave, una duración de un mes y un día a dos meses; siendo que ahora la Ley Orgánica 8/ 2014, de 4 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*, contempla, entre otras la sanción de hasta sesenta días para las faltas muy graves (art. 11.3 a).

La Ley 8/ 1998, contemplaba como sanción grave en su art. 9.2 el arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar, lo que excluye, en definitiva, su cumplimiento en EPM.

Actualmente, la Ley Orgánica 8/ 2014, de 4 de diciembre, *de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas*, publicada en el BOE núm. 294, de 5-12-2014, distin-

cia de la anterior regulación que establecía por mor de su art. 40 CPM 1985 una duración mínima de tres meses y un día; impidiendo, precisamente ese día enmarcado que pueda existir pena de prisión con una duración, igual o inferior al tiempo máximo señalado para los arrestos disciplinarios (que tienen una duración máxima de hasta sesenta días),

Hipotéticamente cabría la posibilidad de bajar del umbral de la pena mínima, aplicando las normas para determinación de la pena (*«para la aplicación de la pena»* señala el art. 19.1 CPM 2015) si no existiera una cláusula de cierre que se mantiene impertérrita en el art. 20.1 del nuevo CPM (art. 40 CPM 1995) que impide que pueda ser inferior al mínimo de la pena de prisión. Así el nuevo texto señala terminantemente: *«Sin que en ningún caso pueda imponerse pena de prisión inferior a dos meses y un día»*.

Quizá el principal motivo para ello, no sea otro que la mera inercia de un tiempo pasado en el que en el EPM se cumplían tanto penas como sanciones disciplinarias, evitando que pudieran existir agravios comparativos, porque teóricamente cabía la probabilidad que en una prisión militar albergara a un interno con menos tiempo en pena privativa de libertad que al de una sanción disciplinaria; situación que actualmente no puede darse en ningún caso, como el hecho que pena y arresto se cumplan en establecimientos distintos, reforzando incluso el CPM su distinta naturaleza, al establecer el art. 1.1: *«El Código Penal Militar será de aplicación a las infracciones que constituyan delitos militares. Las infracciones disciplinarias cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil se registrarán por su legislación específica»*.

Con el sistema del establecimiento de una pena mínima se acaba, sin duda, con los posibles agravios comparativos derivados de la dicotomía pena-sanción disciplinaria, pero también se impide la justa individualización de la pena, que, ni siquiera ahora, ante la existencia de circunstancias muy cualificadas de la responsabilidad criminal, pueda disminuir por debajo de dicho mínimo de dos meses, como insistimos, situación que no parece razonable y que crea una verdadera discriminación en la aplicación práctica de la norma, aplicándose el mínimo tanto en el caso en el que concurran circunstancias modificativas, como en el caso, que concurra una atenuante muy cualificada. Y esto no parece razonable.

gue ahora, a tenor de su art. 5.2 entre faltas leves, graves y muy graves, contemplando la sanción de arresto en todos los casos, junto con otras sanciones. En concreto, el art. 11 establece arresto de uno a catorce días para las faltas leves; de quince a treinta días para las graves y finalmente de treinta y uno a sesenta días para las faltas muy graves.

Dicho esto, el art. 348 LPM, abundando en la garantía ejecutiva, señala que las penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares de acuerdo con el art. 42 CPM (26), se cumplirán conforme con lo dispuesto en esta Ley y en el RPM.

Matizaremos que cuando en la LPM se recogía la anterior mención, se encontraba todavía vigente el RPM de 1978 (27) y siendo consciente el legislador que de forma inminente existiría un nuevo RPM que debía de adaptar el sistema militar a las nuevas tendencias introducidas con la LOGP, añadió en el art. 348 un mandato para que el nuevo Reglamento se inspirase en los principios de la LOGP, acomodados a la especial estructura de las FFAA, surgiendo con posterioridad el Reglamento *de Establecimientos Penitenciarios Militares*, aprobado por Real Decreto 1396/ 1992, de 20 de noviembre, todavía vigente.

Sin embargo el nuevo CPM, no contiene y elimina definitivamente la llamada cláusula de salvaguarda castrense, que sólo perdura temporalmente en el art. 5 CPM 1985, y que señala: «*Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código*».

La eliminación final de esta cláusula de salvaguarda es correlativa con la acomodación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta a los militares por delito común, cuya ejecución pudiera causar una cierta distorsión a la institución militar además de pertur-

(26) Este artículo 42 CPM 1985 quedará derogado por el art. 12.2 CPM 2015 que dispone que «*las penas de privación de libertad impuestas a militares se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar designado por el Ministerio de Defensa, salvo que se trate de pena privativa de libertad impuesta por delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia Civil, en cuyo caso se extinguirá en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados*».

(27) BERISTAIN, IPIÑA A. *Cárceles comunes y militares y sus sustitutos*. Anuario del Derecho Penal, III. 1979, p. 590. aclara que hasta diciembre de 1978 «la reglamentación de las cárceles militares era dispersa y variada sin unidad de criterio y con diversas categorías: castillos, fortalezas, prisiones o penales. Desde la entrada en vigor del Decreto de 1978 sólo hay dos tipos de establecimientos: Penitenciarias y prisiones. A las Penitenciarias militares se destina el personal perteneciente a las Fuerzas Armadas que extingue penas superiores a seis meses que no deban cumplirse en establecimientos ordinarios. En las prisiones militares se cumplen las penas de arresto y aquellas privativas de libertad de mayor duración pero respecto a las cuales faltarán a los penados seis meses o menos para la extinción de las mismas. También podrán ingresar en estas prisiones militares los que hayan de cumplir correctivos de arresto militar y quienes se encuentren en situación de detenidos o de prisión preventiva, con la debida separación para los arrestados».

bar el empleo castrense, dada su naturaleza (28), por lo que ahora se establece un mecanismo sustitutivo, señalándose expresamente en el art. 21 CPM que «*Cuando la pena establecida en el Código Penal para los delitos militares previstos en este Código sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplicará a los militares la pena de localización permanente de dos meses y un día a tres meses*»; matizando el art. 12.3 del mismo cuerpo legal que «*La pena de localización permanente se cumplirá, conforme a lo previsto en el Código Penal, en el domicilio del reo o, en su caso, en el establecimiento penitenciario designado por el Ministerio de Defensa*».

En fin, el art. 43 CPM 1985 contempla que en tiempo de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina, lo que ahora parece modular el art. 12.4 CPM con una parecida pero distinta regulación, cuando señala que «*en situación de conflicto armado, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en la unidad de su destino y en cometidos que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina, previa comunicación y aprobación del órgano judicial actuante*».

Dicho esto, conviene aclarar que pese a la eliminación de la llamada cláusula de salvaguardia militar, no con ello se emblandece el sistema como a simple vista pudiera pensarse, al preverse una cláusula de ejemplaridad, que señala en el art. 1.3 CPM 2015 que «*Cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar*».

En general, las disposiciones generales para la ejecución de las Sentencias, arts. 339 a 341 LPM, no difieren de las contenidas en la LECrim, arts. 984 a 986.

La ejecución de la pena, requerirá, como es lógico, de la existencia de una Sentencia penal firme dictada por un órgano de la jurisdicción militar y, en esto no difiere de la jurisdicción ordinaria (arts. 988. II y 990 LECrim), siendo el título judicial un requisito fundamental para ello, de tal manera que pudiéramos considerarlo como un requisito de

(28) Por ello autores como MATAMOROS MARTÍNEZ, R. «Apuntes sobre el presente y futuro del sistema penitenciario militar». *Revista la Ley Penal*. núm. 106. Enero-Febrero 2014, p. 15, significaban en relación con las penas no privativas de libertad impuestas al militar por órganos judiciales no militares por sustitución señala que, siendo todo ello así «cabe lícitamente plantear que los militares condenados a tales trabajos los desarrollen en un establecimiento militar, que dicho establecimiento sea de carácter penitenciario y que esta actividad sea supervisada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria Militar».

procedibilidad, *sine qua non* para el ejecución, que ya va a ser llevada de oficio y no por petición o iniciación de ninguna parte (art. 339 y 348. III LPM).

El órgano judicial competente para la ejecución de una Sentencia firme es aquel que hubiera conocido del procedimiento en primera o única instancia, tal y como señala el art. 339 LPM, residiendo en este órgano lo que se denomina competencia funcional, por cuanto el art. 10.2 del citado cuerpo legal establece que el órgano judicial militar que sea competente para conocer del delito principal lo será también para conocer de los conexos, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las Sentencias.

La competencia para la ejecución, normalmente residirá en los Tribunales Militares Territoriales conforme con el art. 45. 1 LOCOJM, a los que, en general, se le atribuye el conocimiento de los delitos cometidos en su territorio, salvo las causas reservadas al TS (art. 23.2 LOCOJM) o al Tribunal Militar Central (art. 34.1 a.)

La LOCOJM, en su art. 61. 2, todavía atribuye el conocimiento y, por lo tanto, la ejecución de las faltas militares a los Jueces Togados Militares pero éstas que estaban previstas en el CJM 1945 desaparecieron formalmente del ámbito militar el 1 de junio de 1986, que es precisamente cuando entró en vigor el CPM 1985, mucho antes de su desaparición del CP, formalmente el 1 de julio de 2015, tras la entrada en vigor de la LO 1/ 2015, de 30 de marzo, como se sabe.

Cabe por disposición de lo contenido en el art. 343 LPM, que contiene una redacción muy similar a la regulada en el art. 987 LECrim, que cuando el órgano judicial competente no pueda practicar por sí mismo todas las actuaciones necesarias, comisione al Juez Togado de la demarcación Territorial del lugar en que deba de cumplimentarse para que las practique.

A nuestro modo de ver, resulta novedoso, lo contenido en el art. 342 LPM pues permite que en los asuntos en los que haya conocido la Sala de lo Militar del TS o el Tribunal Militar Central, la libre elección entre poder ejecutarla directamente o, en su caso, encomendar la misma al Tribunal Militar Territorial donde se deba cumplir la Sentencia.

Esta facultad prevista en el art. 342 LPM opera siempre que hayan conocido el procedimiento en única instancia y no en vía de recurso. En concreto, en LPM no existe un artículo, como el previsto en el art. 986 LECrim, cuando al casar una determinada Sentencia en el recurso de casación por infracción de Ley, dicte a continuación otra, correspondiendo su ejecución al Tribunal que haya dictado la Sentencia

casada. Y si bien, esto es cierto, no impide que se haga uso de lo previsto en el art. 326 LPM que traería por aplicación subsidiaria el contenido en el art. 986 LECrim, por cuanto se señala que la tramitación de recurso de casación se regirá por lo dispuesto en la LECrim, en cuanto sea aplicable a la LOCOJM con las salvedades que ahora no vienen al caso.

Con esto queremos resaltar que, aun cuando la Sala de lo Militar del TS gozara de la facultad de elección prevista en el art. 342 LPM para ejecutar directamente la Sentencia o por delegación, sólo tendrá esta facultad de elección en aquellos procedimientos donde haya intervenido enjuiciando y no cuando conozca como órgano de casación, en cuyo caso, la ejecución siempre corresponderá al Tribunal del que derive la Sentencia dictada.

Quisiéramos también significar, como ocurre, por otro lado, con la jurisdicción ordinaria, que a priori no puede descartarse la ejecución por el hecho que el título judicial pudiera ser extranjero o, en otras palabras, que en el ámbito de la jurisdicción militar española, puede ser ejecutada una Sentencia dictada por los órganos de la jurisdicción militar de un estado extranjero.

En este sentido, el art. VII, apartado 7.b) del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte, concerniente al Estatuto sobre sus Fuerzas (29), literalmente dice: «*Las autoridades del Estado receptor concederán consideración benévola a la solicitud formulada por las autoridades del Estado de origen para recabar asistencia con el fin de ejecutar una Sentencia de prisión pronunciada por las autoridades de origen, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, dentro del territorio del Estado receptor*».

Precepto citado que recuerda poderosamente al art. 39 del Convenio de Cooperación para la defensa entre España y Estados Unidos de 1988, en el que las autoridades españolas «*darán rápida y benévola consideración*» a las solicitudes de renuncia de jurisdicción criminal hechas por las autoridades de los Estados Unidos», precepto que suscita el siguiente comentario por parte de Baras González (30): «Es un precepto redactado con consciente imprecisión, que en la práctica puede generar dificultades interpretativas por la aplicación que del mismo haga la Audiencia Nacional».

(29) BOE núm. 138, de 10 de junio de 1987.

(30) BARAS GONZÁLEZ, M. *El espacio penitenciario Europeo*. (Tesis doctoral dirigida por la Dra. Carmen Quesada Alcalá). Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia (TD 04847 0000218008). 2012, pp. 287 y 288.

V. INCIDENCIAS EN LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD CASTRENSES

5.1 La remisión condicional o condena condicional

La remisión condicional, condena condicional o beneficio de la suspensión de la pena en terminología más actual, supone dejar en suspenso la ejecución de una pena privativa de libertad siempre que se cumplan determinadas condiciones, de manera que, pasado cierto tiempo, se remitirá definitivamente la pena y si, por el contrario, se comete un nuevo delito o se incumplen las condiciones impuestas, se revocaría dicho beneficio, procediéndose a ejecutar el fallo tan pronto recaiga la Sentencia condenatoria.

Como institución militar, se regulaba en el CPM 1985 (art. 44) y en la LPM (arts. 368 a 374) existiendo un criterio negativo sobre su aplicación para los reos que pertenezcan al Ejército, por muy corta que sea la pena impuesta, como antes apuntábamos.

Ejemplo de este tradicional criterio negativo lo encontramos en un auto dictado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, de 10 de octubre de 1984 (31), que consideró que era inaplicable dicho beneficio incluso a quien siendo militar en el momento de la comisión de los hechos no pertenecía ya a las FFAA cuando fue juzgado y condenado posteriormente, criterio taxativo que luego sería modificado por otro más benigno, como fue el de concederse, en todo caso, a los que no fueran militares al tiempo de ser penados, bien por no haberla adquirido o por haber cesado en ella tras su incorporación, criterio que fue consolidado por la Sala 5.^a del TS (STS, 12 de noviembre de 1990, 11 de diciembre de 1990 y 14 de noviembre de 1991).

La STC 180/ 1985, de 19 de diciembre, negaba la suspensión de la condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos e interesándose por el art. 245 CJM –cuyo heredero es el actual art. 44 CPM 1985 con exacta redacción– señalaba: «*La inaplicación del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la Institución según quien lo haya perpetrado esté o no en ella vinculado*».

(31) *Revista General del Derecho* núm. 493-494 (1985), pp. 3.256 a 3.259.

Aunque la remisión condicional no fuere aplicable a los militares por razones de ejemplaridad, la LPM en 1989 moduló su inicial rigor introduciendo el art. 374 que permitía su aplicación a los delitos comunes (no a los militares) igualmente cometidos por militares, cuando señala: «*También podrá aplicarse la remisión condicional a los militares condenados por delitos comunes en la jurisdicción militar a penas de privación de libertad*» (32).

Así las cosas, la Sala 5.^a TS, dictó una Sentencia, de 20 de marzo de 2007 en la que lanzó un claro mensaje sobre su opinión negativa para la implantación al ámbito castrense del instituto de la suspensión de las penas cortas privativas de libertad, como habitualmente ocurre en el derecho penal común, afirmando que «...*La ejemplaridad y los cimientos determinantes del mantenimiento de la disciplina no son compatibles con el régimen establecido de suspensión de penas del derecho penal común*».

El CPM 1985 contempla en su art. 44, lo que se llama tradicionalmente la condena condicional, acuñando terminología de otra época pasada y no, la más moderna, de la suspensión de la pena, que si emplea el CP 1995 dentro de las formas suspensivas de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80 y ss. CP), preceptos que igualmente han sufrido una notoria reforma con motivo de la ya citada LO 1/ 2015, de 30 de marzo.

La condena condicional, que usa el CPM 1985 o remisión condicional que empleaba el CP 1973 (aunque también este texto mencionara la condena condicional en su art. 92), equivalen a lo mismo: Una hipotética suspensión de la ejecución de la pena, cumplidas determinadas condiciones. Y nada tiene que ver con la libertad condicional, que es la última fase en el cumplimiento de la condena, en total libertad.

Apuntaremos que el CPM 1985 utilizaba la misma fórmula de estilo de la remisión condicional que emplea la LPM en los arts. 368 a 374, cuerpo legal de 1989 anterior al CPM 1985, siendo que éste no contiene condición alguna, a diferencia del CP, como inmediatamente veremos, confiriéndose esta facultad al Tribunal siempre que el condenado no pertenezca al Ejército. Dice el art. 44 CPM 1985: «*Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que*

(32) Situación que pudiera derivarse del enjuiciamiento de delitos militares y comunes por razones de conexidad, aunque hipotéticamente cabría también el enjuiciamiento por los Tribunales Militares de un delito de los atribuidos a la jurisdicción ordinaria, cuando por el estado de sitio o la declaración de guerra se le encomendara su enjuiciamiento a ésta, juzgándose en este caso, a militar por delito común y no por su condición o fuero.

no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta».

Pues bien, el CPM 2015 y que estará en vigor como insistimos el 15 de enero de 2016, modifica la anterior situación, no estableciendo su art. 22 ninguna situación distinta a la del sistema penal ordinario, disponiendo claramente que para la adopción de dichas medidas se estará a lo dispuesto en el CP.

El CP, tras la reforma apuntada y en vigor desde el 1 de julio de 2015, en su art. 80 exige unas condiciones para el beneficio de la suspensión de la pena, tales como que el condenado haya delinquido por primera vez (no computándose las condenas por delitos imprudentes o por delitos leves ni los antecedentes penales cancelados o que puedan serlo), que la pena (o la suma de las impuestas) no sea superior a dos años de prisión (sin incluir en el cómputo la derivada de impago de multa) y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme con el art. 127 (entendiéndose cumplido, cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles, de acuerdo con su capacidad económica, y sea razonable esperar que será cumplido en el plazo prudencial que el Juez o Tribunal determine; pudiéndose exigir garantías adicionales en atención al alcance de la responsabilidad civil y el impacto social del delito). Adicionalmente la reforma penal, al haber dejado sin contenido el antiguo art. 88 relativo a la sustitución de las penas, añade en el párrafo tercero del art. 80, que excepcionalmente aunque no concurren las condiciones 1.º y 2.º y siempre que no se trate de reos habituales (33), podrá concederse para penas que no excedan de dos años, cuando las circunstancias personales (34) del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado lo aconseje, condicionándose a la reparación efectiva del daño o a la indemnización del perjuicio conforme a sus posibilidades físicas o económicas y al cumplimiento de las demás condiciones que se impongan, una de las cuales será, en todo caso, las que se refiere en los numerales 2.º (multa) o 3.º (trabajos en beneficio de la comunidad). Y mantiene, en su art. 80, apartado 5.º la posibilidad de suspender las penas no superiores a cinco años de los

(33) Que lo serían conforme con el art. 94 CP los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y que hayan sido condenados por ello.

(34) Igualmente, conforme con el art. 80.4 CP, «*los jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo*».

penados que hubieran cometido el hecho delictivo por dependencia o adiciones, siempre que estuvieran deshabitados o sometidos a tratamiento, y sea esto certificado por centro o servicio público, debidamente acreditado u homologado.

En todo caso, y volviendo a la condena condicional derivada de penas por delito militar, se condicionará la suspensión de la pena, a que no se delinca durante un tiempo, que no señalan ni el CPM ni la LPM, no así en el CP (35), que resulta de aplicación, ya no de forma subsidiaria como ocurría antes sino de forma directa al haberse integrado en el sistema penal castrense el sistema penal ordinario, de manera que si antes de transcurrir el plazo establecido comete el penado un nuevo delito, se procederá a ejecutar el fallo en suspenso. En concreto, a tenor de lo preceptuado en el art. 371 LPM se procederá a ejecutar el fallo en suspenso, tan pronto recaiga la Sentencia condenatoria, salvo que hubiera prescrito la pena suspendida, lo cual sugiere que el término de suspensión impuesto pudiera ser superior al tiempo de prescripción de la pena misma (o de su ejecución, que también aquí hay una cierta confusión terminológica), lo cual, no tiene ningún sentido práctico ni conduce a ningún resultado óptimo (36).

El art. 47 CPM 1985, por otro lado, contemplaba la cancelación de los antecedentes penales, una vez cumplida la pena o alcanzada su remisión condicional, lo que entrañaba la facultad de dejar en suspenso la ejecución de la sentencia condicionada a que el reo no delinca en un determinado *lapsus* de tiempo, que en la legislación militar no se señalaba, siendo de libre designio del Tribunal, de suerte que si en este tiempo no se delinque, quedaría remitida definitivamente la pena (dados los términos señalados en los arts. 371 y 373 LPM). El nuevo CPM, sin embargo, no contempla en este sentido regulación alguna, lo que supone la integración de todo esto en el sistema común.

En fin, la resolución concediendo o, en su caso, denegando la remisión condicional de la pena, se notificará al reo conforme con el

(35) El art. 81 CP establece: «El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80. En el caso que la suspensión hubiese sido acordada con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años».

(36) Imaginemos, por ejemplo, que el tiempo de prescripción sean tres años y se imponga un tiempo de suspenso en la condena de cinco años, si el remitido condicionalmente, al cuarto año del periodo de suspensión, comete otro delito, se revocaría su condena condicional pero nunca podría ejecutarse la primera de las Sentencias condenatoria, por cuando ya estaría prescrita, lo cual sólo conduce a la existencia de perturbaciones en la ejecución que al final, como decimos, no conducen a ningún buen puerto.

art. 369 LPM, haciéndose constar en la diligencia de notificación de ser positiva, que no deberá de trasladarse a otra residencia sin conocimiento del Tribunal. De ser negativa, aunque no se mencione, pudiera ejercitar los recursos que le asistan que, entendemos que sería el recurso de súplica (art. 272 LPM) dados los términos absolutos del art. 324 LPM, que excluiría, en todo caso, al de casación dada la inexistencia de un precepto en la LPM que equipare esta resolución a la de una Sentencia definitiva (tal y como ocurre por ejemplo 367 LPM), por lo que de *lege ferenda* sería deseable una reforma que favoreciera al menos un doble pronunciamiento y, sobre todo en una instancia distinta a la que ya ha resuelto.

Ello es así, pese a que en el CP 1973, al que se remitían tanto la LPM como el CPM, señalaba en el art. 95 que «*contra la resolución que se dicte en todos los casos a que se refiere el artículo anterior, se dará el recurso de casación*». Hoy, sin embargo, este precepto fue derogado por el CP 1995, contemplando la legislación actual, la posibilidad de recurrir en reforma y luego en apelación (o reforma y subsidiario de apelación, en su caso) conforme con el art. 766 LECRIM en el caso de resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Penal, y el recurso de súplica (art. 238 LECrim) si las resoluciones dimanaran de las Audiencias Provinciales (al no estar autorizado de modo expreso el de casación dados los términos del art. 848 LECrim).

En todo caso, y pese a que, a nuestro criterio, la resolución concediendo el beneficio de la remisión condicional debería de adoptar formalmente la fórmula de auto, nunca la de providencia, debiéndose notificar conforme al art. 369 LPM; en la práctica, sobre todo en los juicios en los que hay conformidad con la pena (siempre que no exceda de tres años, conforme con el art. 305 LPM), se extiende en el acta levantada (37) a continuación de la transcripción del fallo y de la

(37) Así ocurrió, por ejemplo en las Diligencias Preparatorias 23/44/2008 ante el Tribunal Militar Territorial núm. 2, en el acta de celebración del juicio oral de 16 de marzo de 2010.

Consta en el acta del juicio oral, en lo que ahora nos interesa, lo que sigue: «...A continuación, en cumplimiento de lo también dispuesto en el art. 396 Ley Procesal Militar, el Ilmo. Sr. Auditor Presidente requirió de las partes para que manifestasen en este acto si a la vista de la Sentencia de conformidad tenían el propósito de no preparar Recurso de Casación contra la Sentencia dictada. Ambos anunciaron su propósito de no recurrir la misma; manifestando el Ilmo. Sr. Auditor Presidente que en consecuencia se declara firme la Sentencia en este acto se dicta oralmente y que más tarde se dictará por escrito. Asimismo, previa audiencia de ambas partes y visto el informe favorable del Ministerio Fiscal y los antecedentes penales obrantes en autos, el Tribunal acordó, de conformidad con los arts. 80 y ss. del Código Penal y 44 del Código Penal Militar, conceder la suspensión condicional de la pena impuesta por DOS AÑOS. Igualmente se dispuso la inmediata notificación por el Sr. Secretario

manifestación de firmeza del mismo. Y seguidamente por el Secretario Relator, se notifica al condenado mediante diligencia de notificación que el Tribunal ha acordado conceder los beneficios de la remisión condicional (38) de la pena impuesta en Sentencia firme en aplicación de los preceptos de rigor, diligencia que también se notifica al fiscal jurídico militar y al letrado defensor, siendo estas diligencias distintas por cuanto no llevan lógicamente la prevención del art. 370 LPM sobre el sitio en el que residirá y el plazo de suspensión.

La exigencia de señalamiento del sitio en el que residirá el condenado, no deja de ser un mero requisito formal para la concesión del consabido beneficio de la suspensión de la pena, no debiendo el condenado tomárselo a la ligera, por cuanto si el Tribunal intentara una ulterior notificación y en el lugar donde debería de practicarse resulta ausente o desconocido, podría decretar la revocación de dicho beneficio al haberse incumplido las condiciones, que también podría conver-

Relator de estos extremos junto a la Sentencia sin perjuicio de su completa documentación posterior de las actuaciones».

(38) En concreto, la diligencia de notificación comprende varios extremos, como es la Sentencia, la indicación de su firmeza y finalmente, la notificación que se le ha concedido el beneficio de la suspensión. Por su interés, y un distinto método de trabajo al de la jurisdicción común, seguidamente reproduciremos el contenido de dicha notificación, referida al penado.

«Diligencia de Notificación. En Sevilla, a 16 de marzo de 2010.

En la sede del Tribunal Militar Territorial Segundo, siendo las 11:00 horas del día de la fecha y teniendo a mi presencia al condenado en las presentes Diligencias Preparatorias número 23/ 42/ 08....., procedí a notificarle, en legal forma, la Sentencia de conformidad dictada por este Tribunal en el día de hoy en el referido procedimiento por el que se le condena a la pena de un año de prisión y las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad.

Asimismo, le comuniqué que, de acuerdo a lo prevenido en el art. 396 de la Ley Orgánica 2/ 1989 de 13 de abril, Procesal Militar (BOE 92/ 89), la Sentencia que ha quedado firme en el acto de la Vista por lo que no procede, salvo eventual recurso de aclaración, recurso alguno contra la misma.

Igualmente le notifiqué que el Tribunal ha acordado concederle los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en Sentencia firme recaída en el meritado procedimiento, en aplicación de los arts. 80 y ss del Código Penal y 44 del Código Penal Militar; haciéndole de la lectura de los arts. 368 a 374 de la Ley Orgánica 2/ 1989 de 13 de abril, Procesal Militar, que obran transcritos al dorso de la presente y requiriéndole al efecto prevenido en el art. 370 del citado cuerpo Legal para que designe domicilio, Manifiesta el Condenado: Que residirá en...informándole, a continuación, de que el plazo de suspensión será de dos años y que deberá solicitar previa autorización de este Tribunal para cambiar de domicilio Y en prueba de quedar notificado y enterado en legal forma, de recepción de fotocopia compulsada de la presente acta y de los demás extremos en la presente consignados, firma de conformidad conmigo el Secretario-Relator que Doy Fe.»

tirse en orden inmediata de ingreso en prisión, llamándosele por requisitorias que se insertarán en el *BOE*, de manera que si transcurrido el plazo de diez días señalado en la requisitoria, no comparece o, en su caso, no fuera presentado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a quienes se interesará su busca y captura e ingreso en prisión, se le declarará rebelde conforme con las exigencias comprendidas en los arts. 409 y siguientes de la Ley Procesal militar, que implicará, en todo caso, suspender el curso del procedimiento con el archivo de lo actuado hasta que se presente o sea habido.

También puede revocarse el beneficio de la suspensión de la pena, cuando solicitados los antecedentes penales del condenado, a efectos de la remisión definitiva de la pena, se haya tenido conocimiento que dentro del plazo de suspensión de la pena concedido, haya sido condenado ejecutoriamente por otro tribunal o juzgado, normalmente de la jurisdicción ordinaria –aunque caben casos en los que un paisano puede ser condenado con arreglo al CPM–, lo que implicará conforme con el art. 84.1 CP la revocación de la suspensión de la pena y la inmediata ejecución de la Sentencia con su ingreso en el EPM, de conformidad con lo dispuesto en el art. 350 LPM (39).

Cuando ocurre esta situación, nos encontramos ante la paradoja que el condenado ha perdido la condición de militar hace años y que tiene que hacer frente a una corta pena de prisión (40), no contando la jurisdicción militar con mecanismos que permitan sustituir la pena en

(39) Esta situación excepcional se produjo, por ejemplo en el sumario 14/ 10/ 05 correspondiente al Tribunal Militar territorial primero, lo que dio lugar a auto de 19 de mayo de 2014.

(40) El Fiscal Jurídico Militar en el sumario 14/ 10/ 05 correspondiente al Tribunal Militar territorial, con motivo de la solicitud de indulto y suspensión de la pena correspondiente, mientras se tramitara, emitió informe, como así consta en el antecedente de hecho tercero del auto de 11 de diciembre de 2014 *»en el que se muestra favorable a la concesión del indulto total valorándose el hecho de que el solicitante no es militar desde el 13 de noviembre de 2009; el tiempo transcurrido desde la fecha en que ocurrieron los hechos (13 de septiembre de 2005) y el momento actual (más de nueve años) y, a mayor abundamiento, que en estos años el solicitante ha rehecho su vida tanto a nivel laboral como familiar (teniendo un hijo reconocido), debiéndose recordar que ya tiene abonada la responsabilidad civil a la que fue requerido por la Sentencia condenatoria y por el hecho de que la pena a la que fue condenado por nuestra jurisdicción militar es dentro del abanico posible a elegir por el tribunal Sentenciador; una pena baja si consideramos que el límite para este art. 99-3 CPM, está en cinco años y, finalmente, porque la pena del delito por el que ha sido condenado posteriormente a la concesión de la suspensión de la condena por le jurisdicción ordinaria, es de escasa gravedad (art. 384 CPM). Por todo ello, el Fiscal Jurídico Militar solicita que le sea concedido a D. F. el indulto total de la pena impuesta en méritos de las presentes actuaciones y asimismo que le sea concedida la suspensión de la ejecución de la pena en tanto se resuelve el presente expediente de indulto».*

estos casos ni siquiera ahora con el recién inaugurado CPM, por lo que ante el exceso de rigor que supone la pérdida de libertad en el EPM y la ausencia de la ejemplaridad y la disciplina, la única vía para intentar reconducir la situación es la solicitud de indulto, que puede hacerse conforme con la disposición transitoria octava LPM, solicitando, a fin de que el indulto no sea ilusorio conforme con el art. 4.4 CP, de aplicación subsidiaria, que el Tribunal decrete la suspensión de la ejecución de la pena, decretando asimismo la libertad del condenado si estuviera en prisión hasta que se resuelva lo que corresponda, por cuanto, de otra suerte, correría el riesgo que la tramitación y resolución del indulto fuera superior a su estancia en prisión, por lo que éste, se haría ilusorio (41), como decimos.

De igual manera y a la inversa, cabría que se revocaran los beneficios de la suspensión de una pena por la jurisdicción ordinaria, habida cuenta de la condena de un delito militar posterior, ocurrido en el plazo de suspensión, ya que todos los delitos –civiles y militares– se anotan en un mismo registro, el de antecedentes penados y rebeldes, no distinguiendo el art. 84.1 CP en su expresión «*si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado...*» de delitos, de clase alguna o de distinta jurisdicción.

Y decimos que cabe esta hipotética posibilidad siempre que se mantenga la condición de militar, porque en la práctica, al haberse condenado a un militar por un delito civil, lo probable es que le fuera revocado el compromiso de carácter temporal que le vinculaba con las FFAA, en el caso de los soldados, y hasta pudiera ocurrir la pérdida de

(41) Precisamente a esta situación se llegó en el sumario 14/10/05 correspondiente al Tribunal Militar territorial primero, el que dictó auto de 11 de diciembre de 2014, en el que se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena de prisión mientras se tramita el correspondiente expediente de indulto solicitado por su defensor, reseñándose en el Fundamento de derecho único: «*Habida cuenta de la solicitud formulada por el letrado defensor del condenado D. F. y de los extremos contenidos en el informe del Fiscal Jurídico Militar; el Tribunal si considera oportuno hacer aplicación de la previsión contenida en el art. 4.4. del Código Penal el cual previene, que si mediara petición de indulto, y el juez o tribunal hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede ser vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada, añadiendo en un segundo párrafo que también podrá el juez o tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la Sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria. En este caso, mediando ya petición formal de indulto y, dados los plazos que se vienen observando en la tramitación de los correspondientes expedientes, en torno al año e incluso superior, de continuar ejecutándose la pena impuesta, la finalidad del indulto solicitado podría resultar ineficaz e ilusoria, razones por las cuales procede acordar la inmediata suspensión de la ejecución de la pena impuesta, con la consiguiente excarcelación del penado*».

la condición de militar (separación del servicio) en los profesionales que están ligados al Ejército o a la GC por una relación de servicios permanentes. En todo caso, la condición o no de militar, ahora no resulta determinante para la concesión del beneficio de la suspensión, pero si se incumplen las condiciones o resulta una nueva condena, probablemente, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la castrense, se entrará en prisión.

5.2 La suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad por demencia sobrevenida

Esta determinada incidencia suspensiva de la pena se produce en el curso de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad y está prevista en los arts. 364 a 367 LPM y de su conocimiento y decisión conocerá el Tribunal Sentenciador y no el JVPM.

Nos encontramos ante una demencia sobrevenida con posterioridad a la Sentencia condenatoria de penas privativas de libertad, incidencia, en todo caso, distinta a la situación del inimputable declarado, en la que existe, una sentencia condenatoria que exime de responsabilidad penal por la concurrencia de una exención de la responsabilidad criminal como es la enajenación mental, lo que no excluye el establecimiento de las correspondientes medidas de seguridad previstas en el CP y aplicables al ámbito penal castrense.

Volviendo a la ejecución de la suspensión de la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por razones de demencia sobrevenida, que es una incidencia propia del sistema penitenciario militar, lo primero que llama la atención es que el art. 364 CPM, señala que se observe, lo establecido al efecto en el CP, que se contemplan principalmente en los art. 101 a 104 CP cuando se refieran a medidas privativas de libertad, lo que implica el internamiento en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración, del que no podrá abandonar sin autorización del Tribunal, internamiento que no podrá exceder, en todo caso, del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad; y en su caso, las previstas en el art. 105, para medidas no privativas de libertad (sumisión a tratamiento externo, obligación o prohibición de residir en un lugar determinado, prohibición de acudir a determinados lugares, custodia familiar, sometimiento a programas, etc.).

Por otro lado, nos encontramos con un precepto, el art. 365 LPM, que nos suscita una reflexión por la forma en que está redactado («cuando se aleguen u observaren indicios de enajenación mental en un penado...») y que interpretamos que la demencia sobrevenida ha sido conocida por los responsables del EPM, bien mediante alegacio-

nes, bien por un conocimiento directo, a través de la observación u otro medio semejante.

Las alegaciones, sugieren, que es el defensor del interno el que lo pondrá de manifiesto, dado que los términos del art. 344 LPM permiten intervenir a los defensores en la ejecución, lo que no excluye que estas alegaciones puedan haber sido formuladas por la familia, o incluso por un conocido.

En todo caso, el término alegaciones que utiliza la LPM parece, más preciso que el de puesta en conocimiento, ya que las alegaciones son normalmente razonadas y habitualmente esta terminología se usa con motivo de la interposición de un recurso.

Lo que no tiene sentido es que las alegaciones las pudiera hacer el propio penado, porque se supone que presuntamente está demente y no tendrá suficiente raciocinio para ello, lo que no excluye que la elevación de ciertos escritos (y a la vista de su contenido) pudiera dar lugar a detectarse estas patologías, o que en periodos de lucidez lo pudiera hacer, lo que en todo caso, sería extraño e infrecuente.

La otra vía de conocimiento de la demencia sobrevenida del penado, surge por conocimiento directo de la Administración penitenciaria militar, cuando extingue la condena en el EPM, conocimiento que debería de producirse por la vía de la observación o el contacto directo, que aseverará comportamientos anormales en el interno que pudieran ser indiciarios de dicha demencia, situación de la que dará cuenta a la autoridad judicial.

En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal ordenará que sea examinado por peritos para que informen sobre el estado mental del condenado. En todo caso, la utilización en plural del término peritos no es casual, sino buscada de propósito para que el informe al ser elaborado por varios (dos o más) excluya mayormente el error, el equívoco o la falsa opinión.

El art. 366 LPM señala el procedimiento a seguir, una vez realizado el informe mental, que no es otro que el Tribunal dará traslado del mismo, tanto al Fiscal Jurídico Militar como a la acusación particular y, en todo caso, al abogado defensor, que hubiera designado el penado, o en su caso, designado de oficio. Poniendo empeño del legislador en la redacción «...*En todo caso, al abogado defensor que hubiera elegido el penado o, en su caso de oficio*» es un intento de solemnizar una futura resolución que, en todo caso, sería muy importante de cara a la suerte procesal del penado, de tal manera que la exclusión de abogado en esta situación conduciría a una indefensión y a la posible nulidad de cualquier resolución al respecto.

Dejaremos sentado, que entendemos que el abogado elegido por el penado, lo será el que ya hubiera elegido y no el que pudiera elegir en un momento de carencia de juicio, salvo que lo hiciera en un periodo de lucidez.

Efectuado el correspondiente traslado del informe mental a las partes, éstas podrán hacer las alegaciones pertinentes y solicitar, incluso nuevos exámenes periciales, lo que deberá de resolver el órgano judicial (dice el art. 367 LPM el Juez Togado o el Tribunal) por auto, esto es por una resolución fundada.

En su momento, ya dijimos que de estos incidentes debe de conocer el Tribunal Sentenciador, que será el Tribunal Militar Territorial, el Tribunal Militar Central o incluso la propia Sala 5.^a de lo Militar del TS, nunca el Juez Togado, ya que éstos son los únicos órganos judiciales a los que se les atribuye actualmente *el poder decidendi* y, derivado de ello, el poder dictar Sentencias, nunca al Juez Togado, que únicamente podía dictar Sentencias en las faltas militares con arreglo al CJM pero no en el CPM, donde no se contemplan.

Por esto, consideramos que el JVPM carece de competencia para el conocimiento de estos incidentes, ni siquiera por delegación del Tribunal sentenciador.

Contra el auto dictado, dice el art. 367 LPM: «*Podrán interponerse los mismos recursos que esta Ley previene contra las Sentencias definitivas en el procedimiento de que se trate*», siendo el recurso previsto el de casación contra el dictado por los Tribunales Militares Territoriales o, en su caso, el Central (art. 324 LPM), cupiendo sólo el recurso de súplica, si el auto lo dicta la Sala 5.^a de lo Militar del TS (art. 272 LPM).

En fin, concluye el art. 367 LPM, que contempla la posibilidad que haya varias sentencias de distintos Tribunales para otorgar la competencia para el que hubiera dictado la sentencia con la condena más grave, al señalar: «*Si las condenas pendientes de ejecución hubieran sido dictadas por distintos Jueces o Tribunales será competente para dictar el auto a que se refiere el artículo anterior, aquel que hubiera impuesto la condena más grave*».

De seguir persistiendo la igualdad, al concurrir varias Sentencias con la misma gravedad y aunque ya no esté previsto en la LPM, lo lógico sería, tal y como ha hecho la jurisdicción ordinaria, que del incidente de demencia sobrevenido conociera y resolviera finalmente el último Tribunal que hubiera dictado Sentencia, siendo éste el criterio adoptado por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Madrid por auto de 24 de junio de 2009.

VI. LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

La aplicación de las llamadas medidas de seguridad en la jurisdicción ordinaria puede resultar por sustitución de las penas privativas de libertad, lo que permite el actual art. 80. 3 CP o incluso en los casos que el delito se cometiera bajo la dependencia o toxicomanía por la vía del párrafo cuarto del citado art., pero también por la alternatividad en un precepto penal e incluso derivado de unas reglas de conducta que impone el Juez o Tribunal al amparo del art. 83 CP. La dimensión de la aplicación de las medidas de seguridad, desde luego es más amplia y en este sentido Encinar del Pozo (42), señala que «... cabe distinguir tres situaciones personales para las que la aplicación exclusiva de la pena no es plenamente satisfactoria:

a) Personas que no son autoras de un delito pero sí son peligrosas (porque existe una alta probabilidad de que lo comentan). Podemos hablar de «sujetos no autores y peligrosos».

b) Personas que son autoras de un delito, aunque de forma no culpable, y son peligrosas (lo que ha quedado demostrado porque han cometido un delito). Podemos hablar de «autores no culpables y peligrosos».

c) Personas que son autoras de un delito y no sólo son plenamente culpables, sino, además, peligrosas (porque han cometido un delito y existe la alta probabilidad de que vuelvan a seguir cometiéndolo). En este caso se trata de «autores culpables y peligrosos».

El objeto de nuestra exposición se limitará a la aplicación de las medidas postdelictuales, a «los autores culpables y peligrosos», en aplicación del principio de legalidad, huyendo de la posible aplicación de medidas de seguridad a los «sujetos no autores y peligrosos» (medidas de seguridad predelictuales) o a los autores «no culpables y peligrosos» (medidas de seguridad postdelictuales). En cualquier caso, queda desterrado de nuestro ordenamiento cualquier medida de seguridad que no tenga lugar como consecuencia de un comportamiento delictual, dejando en el olvido las situaciones predelictuales potencialmente peligrosas, tales como la derivada de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933 y su Reglamento de 3 de mayo de 1935; la derivada de la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, en las situaciones del estado de excepción o de guerra e, incluso la

(42) ENCINAR DEL POZO, M. A. *Las Medidas de Seguridad Postdelictuales: Nuevas Orientaciones. Análisis Espacial de la «Custodia de Seguridad»*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007, p. 19.

detención de hasta dos años que pudiera imponerse a las mujeres de «vida pública», en virtud del Decreto de 6 de noviembre de 1941, por no mencionar situaciones, que hoy chocarían con la mentalidad de nuestro tiempo, tales como la privación de libertad por impago de multas gubernativas, lo que permitía el DL de 4 de agosto de 1949, y el art. 22 de la ya citada Ley de Orden Público (43).

Consideramos que actualmente, tanto en delitos militares como en comunes (44) que se extingan en el EPM, pudiera plantearse con motivo de su excarcelación la posible aplicación de medidas de seguridad o, en su caso, de las normas de conducta señaladas en el art. 83 CP que pudieran vincular a la Administración penitenciaria militar, que aunque tributaria de las penas privativas de libertad a través de sus servicios sociales penitenciarios, pudiera tener cierto grado de implicación competencial, al menos hipotéticamente (45).

Las medidas de seguridad pueden ser privativas de libertad y no privativas de libertad y, como ya hemos adelantado y aunque técnicamente no sean propiamente medidas de seguridad, la exigencia de reglas de conducta que los órganos judiciales, en todo caso, imponen para que pueda procederse a la suspensión o en su caso la sustitución de la pena privativa de libertad por otra alternativa.

Las medidas de seguridad privativas de libertad, teniendo en cuenta el art. 96.2 CP, de aplicación subsidiaria en este caso, serían las siguientes:

- 1) Internamiento en centro psiquiátrico.
- 2) Internamiento en centro de deshabitación.
- 3) Internamiento en centro educativo especial.

(43) Aunque lo de la privación de libertad por impago de multas gubernativas, cayera para algunos autores dentro del derecho administrativo sancionador. En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, 3.ª Edición. Buenos Aires 1964, p. 48.

(44) Cabe la posibilidad que un GC esté retirado o jubilado y haya cometido un delito común doloso por el que finalmente haya sido condenado y como ya no puede perder su condición de militar pueda extinguir la condena en el EPM, también cabe, lógicamente que se extinga por delito común en el EPM sin perder la condición de militar, con el posible retorno al servicio activo, una vez extinguida la condena.

(45) El art. 83.4 CP, tras la reforma de la LO 1/ 2015 señala que el cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª (participación en programas formativos...), 7.ª (participación en programas de deshabitación...) y 8.ª (conducir de vehículos que no tengan dispositivos tecnológicos...), corresponde a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso a su conclusión. Asimismo informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posible comisión de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

Cáceres García (46), jurista de instituciones penitenciarias, tras haber pasado veinte años por distintas prisiones, pone la llaga en la aplicación práctica de la medida privativa de libertad, cuando afirma que «es un medio punitivo del sistema de consecuencias del Derecho Penal», idea que le lleva a apuntar que éstas son un «auténtico fraude», destacando que «la prisión no es un medio terapéutico. La pena y la medida de seguridad son dos caras de la misma moneda». Y hace la siguiente reflexión (47): «La inexistencia de una red de recursos socio-sanitarios, nunca nos debe de llevar a asumir y aceptar la existencia del Hospital Psiquiátrico Penitenciario. Si ha de existir para casos muy específicos la necesidad de alguna institución cerrada, nunca debe de ser penitenciaria...».

Con la misma idea y semejante razonamiento se pronuncia Gómez Escobar Mazuela (48), Fiscal y magistrado excedente, cuando refiere que «en ocasiones, la opción por el recurso penitenciario no responde a un juicio de elevada peligrosidad, sino simplemente a la inexistencia de recursos alternativos sociosanitarios. El problema de plazas en centros civiles surge en nuestro país tras la reforma psiquiátrica que modificó la concepción asilar tradicional». Y señala cual fue el origen del problema (49): «las nuevas unidades hospitalarias de agudos no pueden asumir funciones residenciales, sino que están concebidas para periodos cortos de tiempo destinados exclusivamente a afrontar la crisis de la enfermedad, no respondiendo a problemas de custodia prolongados exclusivamente sanitarios».

(46) CÁCERES GARCÍA, J. M. *Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: Del fraude a la crueldad innecesaria*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007, p. 77.

(47) CÁCERES GARCÍA, J. M. *Las medidas de seguridad...* ob. ya cit., p. 79.

(48) GÓMEZ ESCOBAR MAZUELA, P. *Algunas cuestiones sobre la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Madrid 2007, p. 143.

En el mismo sentido se pronuncia, FERREIRÓS MARCOS, E. *La indicación de peligro para terceros como causa de imposición de tratamiento ambulatorio involuntario en salud mental y dependencias. La intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007, p. 350: «Tenemos una norma vigente desde el año 1983, sin embargo la falta de medios, su desigual distribución geográfica y la deficiente regulación hace que, en buena parte de los caso, la medida resulte ineficaz».

(49) GÓMEZ ESCOBAR MAZUELA, P. *Algunas cuestiones...* ob. ya cit. pp. 143 y 144.

Finalmente, indica las consecuencias (50): «Los jueces y tribunales, apoyados casi exclusivamente en los médicos forenses, establecen conclusiones de índole sanitaria y adoptan medidas sin saber siquiera si existen recursos para poder cumplirlas, dejándose esta cuestión para la ejecución de la Sentencia, ejecución que en pocos casos resulta imposible, no siendo lo peor que ésta no llegue a ejecutarse, sino que se ejecute...».

Las medidas de seguridad no privativas de libertad, igualmente se contienen en el art. 96.3 CP y serían las que siguen: 1) Inhabilitación profesional; 2) La expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente en España; 3) La libertad vigilada; 4) La custodia familiar, de tal forma que el sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, que la ejercerá en relación con el JVP y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado; 5) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; 6) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Las reglas de conducta, previstas en el art. 83 CP, normalmente impuestas en el caso de la sustitución o suspensión de las penas, ahora tras la reforma operada con la LO 1/ 2015 por la vía del art. 80. 3 CP, serían las siguientes: 1.º Prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo u otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio; 2.º Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer delitos o incitarle a ellos; 3.º Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal; 4.º Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; 5.º Comparecer personalmente con la periodicidad que se determina ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la Administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas; 6.º Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares; 7.º Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o

(50) GÓMEZ ESCOBAR MAZUELA, P. *Algunas cuestiones...* ob. ya cit. p. 144.

sustancias estupefacientes, o de tratamiento o de otros comportamientos activos; 8.º) Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condiciones su encendido o funcionamiento o la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos; 9.º) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer, por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad, aun sin convivencia, impondrá siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª que acabamos de señalar (art. 83.2 CP).

Por lo visto, más que especialidad militar habrá una integración directa de las normas comunes en el sistema militar, por cuanto el art. 21 CPM así lo indica: «*Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el CP*»; y esto lógicamente determinará, la medida de seguridad que corresponda; en lo demás, nos remitimos a lo que ya señalamos inicialmente con motivo de la suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad por demencia sobrevenida.

En este sentido, Alarcón Frasquet (51) asegura que «con independencia de la conveniencia de asegurar para el sujeto un tratamiento terapéutico adecuado (la disposición adicional primera del CP compele al Ministerio Fiscal a instar, cuando fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, y en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil, cuando concurren las causas de exención de responsabilidad 1.ª y 3.ª del art. 20 CP) el internamiento en un centro psiquiátrico no deja de ser una privación de libertad...».

Por otra lado, si la legislación común (52) atribuye a los servicios sociales penitenciarios la ejecución de las medidas de seguridad no privativas de libertad y, de igual manera establece el art. 83.4 CP que

(51) ALARCÓN FRASQUET, M. P. *Algunas Consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007, p. 111.

(52) Concretamente la derivada del RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, así como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

el control del cumplimiento de los deberes corresponderá a los servicios de control de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, los que deben de informar al juez o tribunal periódicamente, lleva a plantearnos en sentido afirmativo que si el interno militar por delito común está recluido en un EPM militar, con la excarcelación perderá la relación jurídico militar penitenciaria y, en estos casos, será la Administración común y no la militar la que lleve a cabo el control correspondiente. Sin embargo, cuando el militar por delito común, extingue la pena en el EPM y, con la libertad condicional aprobada por el JVPM se le imponen ciertas exigencias o incluso cualquiera de las previstas en el art. 83 CP, dicha libertad no es sino otro grado de cumplimiento de la condena, lo que no supone el completo cese de la relación jurídico militar penitenciaria e implicará que corresponderá a la Administración penitenciaria militar y, en su caso, a los servicios sociales penitenciarios, el debido control del liberado y, en su caso, el seguimiento y control de las medidas impuestas.

La determinación de cuáles son estos servicios sociales penitenciarios se determinará por la autoridad militar, recayendo normalmente en los servicios sociales del propio EPM, cuando el militar tenga su residencia en Madrid, pudiéndose complicar, cuando el interno la tuviera en el extranjero y se le autorizara a residir allí, lo que ocurre con el interno común si antes de su ingreso en prisión tuviera su residencia habitual en el extranjero, correspondiendo, en este caso, a mi juicio, este seguimiento y control a los servicios sociales residenciados en el Consulado de España o, en su caso en las secciones consulares de la embajada de España.

En cualquier caso, nos encontramos ante una fase del cumplimiento de las medidas de seguridad, que debe de residenciar en la Administración militar y no en la autoridad judicial, a la que se le deberá de dar conocimiento de cualquier incidencia.

Entiendo que, de alguna manera, estas actuaciones participan de la misma naturaleza, que la llamada asistencia postpenitenciaria, aunque ésta tenga un carácter social más que penitenciario, y ante esta última no nos encontremos con un plan de ejecución, aunque se haya podido fundamentar toda la problemática del condenado en el informe pronóstico final.

VII. REFLEXIONES FINALES

Razones de política criminal pueden llevar a legislar elevando a la categoría de delito ciertos comportamientos u omisiones e incluso

establecer mecanismos (53) para que determinadas penas privativas de libertad de corta duración puedan evitarse cumpliéndose, en su caso, con determinadas condiciones.

Algunas autores, como Aranda Carbonell (54), criticaban la escasez del catálogo de penas sustitutivas a las de privación de libertad utilizado por el CP 1995, manifestando que «hubiera resultado deseable que el legislador hubiera optado por la regulación de otras alternativas a la pena de privación de libertad como los establecimientos de terapia social, la semidetención y semilibertad, así como la diversión, asimismo, se nota la ausencia de sustitutivos penales como, por ejemplo, la «dispensa de pena» y la «amonestación con reserva de pena».

En honor a la verdad, quizá sea por el concepto de la disciplina o la ejemplaridad, que los avances en materia penal y penitenciaria lleguen más lentos al ámbito castrense, como lo demuestra el hecho que en el segundo Congreso penitenciario español, celebrado en la Coruña en 1914 (55), De Cossío y Gómez-Acebo (56), defendiera los sustitutivos frente a la pena de muerte, simplemente para la jurisdicción ordinaria pero no para la militar, reflejándose en la III conclusión «... quedará en suspenso la aplicación de la pena de muerte para los delitos del fuero común que sean castigados con esa pena, quedando subsistente para los comprendidos en el fuero de Guerra y Marina».

(53) ARANDA CARBONELL, M. *Reeducación y Reinserción social: Tratamiento Penitenciario: Análisis teórico y aproximación práctica*. (Tesis doctoral dirigida por el Dr. Francisco Bueno Arus y codirigida por el Dr. José Cerezo Mir). Departamento de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2005, p. 26, señala que «la existencia de sustitutivos penales y de alternativas a la pena privativa de libertad supone una vía adecuada para sujetos y situaciones concretas, para delincuentes ocasionales; no obstante, no soluciona el hecho de la existencia de sujetos que necesitan reeducación y reinserción social; para estos individuos, la prisiones deberán seguir existiendo...».

La citada autora, p. 30, señala «a personas que no necesitan de reeducación o de reinserción, como los delincuentes ocasionales, pasionales e incluso económicos, o a los delincuentes denominados de convicción, que no quieren la reeducación. En estos supuestos la constitucionalidad de la pena no es dudosa, pues cumple unas finalidades constitucionales distintas del criterio de reeducación y reinserción».

(54) ARANDA CARBONELL, M. *Reeducación y Reinserción social...* ob. ya cit., p. 27.

(55) El primer Congreso penitenciario nacional se celebró en Valencia en octubre de 1909.

(56) DE COSSÍO Y GÓMEZ-ACEBO, M. *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira». Madrid 1914, p. 119.

Millán Garrido (57) afirma, en todo caso, que nuestra Norma Suprema «establece un límite negativo al legislador que le impide ampliar la jurisdicción militar más allá de ese límite, pero no asignar a la jurisdicción ordinaria asuntos...con base a argumentos de oportunidad o conveniencia».

Calderón Susin (58) ya, en 1995 apuntaba que el que la mayor parte de los inculpados «comparezcan ante los Tribunales Militares ya vestidos de paisano, y la concesión cuasigeneralizada, por estas circunstancias, de los beneficios de suspensión de la condena... se corre el serio peligro que la aludida finalidad preventivo general sea cubierta por algunos Jueces togados a través de la prisión provisional, lo que a todas luces, sería indeseable».

Matamoros Martínez (59), por su parte, señala que la propia especialidad del sistema penitenciario termina por provocar «tensiones y zonas de sombra». Así, «no existe, para empezar, una exacta correspondencia entre las penas que afectan o pueden afectar al derecho a la libertad, respectivamente previstas en el Código penal común y en el CPM. Mientras que este último sólo establece la pena de prisión, el CP comprende, junto a ésta, la localización permanente –que el condenado ha de cumplir «en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez...o los sábados o domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado»– y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa. Es verdad que esta divergencia no ha llegado a ocasionar ningún problema real, pero cabría preguntarse por qué si el principio general, con la salvedad previamente indicada, es que el militar cumpla las penas de prisión en un establecimiento penitenciario militar, sea cual fuere el órgano judicial que las impusiere, no se aplica también esta regla con exactitud en cuanto a esas otras formas de privación de libertad».

El Consejo General del Poder Judicial al evacuar el informe al anteproyecto de CPM en octubre de 2013 señalaba en relación con las penas cortas de prisión que «...Pese a reconocer esa diferencia, no pueden ser desconocidas las recomendaciones del Consejo de Europa en razón a la teoría ampliamente extendida (STC núm. 224/92) de que

(57) MILLÁN GARRIDO, A. *Delito de falta de Incorporación a filas* (dentro de la obra colectiva *Los delitos contra la prestación del Servicio Militar*). José M.^a Bosch editor. S. A. Primera edición. Barcelona 1995, p. 35.

(58) CALDERÓN SUSIN, E. *Desobediencia permanente al cumplimiento de las obligaciones militares o a la negativa del militar a seguir siéndolo, como hecho punible (art. 102.3 CPM)* (dentro de la obra colectiva *Los delitos contra la prestación del Servicio Militar*). José M.^a Bosch editor. S. A. Primera edición. Barcelona 1995, p. 419.

(59) MATAMOROS MARTÍNEZ, R. «Apuntes...ob. ya cit., p. 15.

las penas cortas ni redimen ni resocializan, existiendo otras sanciones que satisfacen los fines de prevención general, pero permiten una mayor resocialización y facilidad para la individualización de la sanción en atención a las circunstancias personales del autor, como la pena de multa. Aduce el prelegislador el riesgo que la pena de multa pudiera entrañar para el mantenimiento de la disciplina militar (apartado 4.4 del Anexo I del Anteproyecto). Frente a ello debe destacarse que, por un lado, él mismo viene a establecer y permitir la pena de multa en determinados delitos...»

Matamoros Martínez (60), reflexionando sobre el futuro de la jurisdicción militar, indica: «Si contamos con un sistema penitenciario militar es porque existe la jurisdicción militar. Sin ella podría mantenerse algunas particularidades en cuanto al cumplimiento de las penas y medidas cautelares de privación de libertad impuestas o acordadas respecto de los militares, a semejanza de lo que actualmente se prevé para ciertas categorías de empleados públicos, pero muy dudosamente sería concebible la existencia de un sistema penitenciario especial, como tal».

Las nuevas formas de libertad condicional, concebidas bajo la idea de la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión, que incluso presentan cierta especialidad tratándose de la prisión permanentemente revisable como nueva pena surgida para los delitos más aberrantes y, en general, la de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, surgidas recientemente con la Ley Orgánica 1/ 2015, de 30 de marzo y en vigor desde el 1 de julio son de plena aplicación al delito militar, tras la aprobación del nuevo CPM.

En todo caso, constatamos claramente una carencia en la práctica de alternativa a la prisión desde los medios tecnológicos, no tanto ahora, por la diferencia de criterios legislativos sino por la falta de medios. En este sentido, resulta absolutamente clarificador el estudio realizado por Reviriego Picón y Gudín Rodríguez-Magariños (61), al que abren paso, delimitando claramente de que se trata, al señalar: «La idea básica que preside los medios telemáticos como medios sustitutivos de la prisión viene enlazada a la idea que preside y justifica la *probation*. La *ratio iuris* de esta institución anglosajona consiste en la consideración de que para lograr la rehabilitación de la persona puede

(60) MATAMOROS MARTÍNEZ, R. «Apuntes...», ob. ya cit., p. 15.

(61) REVIRIEGO PICÓN, F. y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «Los Sistemas Penitenciarios Europeos frente al Siglo XXI». *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior* núm. 4. Julio-Diciembre 2010, en su capítulo 8.º relativo a alternativas a la reclusión y la revolución telemática p. 129 y ss.

ser más efectiva el que la persona fuera supervisada en su propio entorno y ayudada por un agente de *probation*, de cara a llevar una vida sin delitos, que la entrada en prisión». Y apuntan al centro del problema, cuando señalan (62): «Si hablamos de crisis de los sistemas penitenciarios indefectiblemente tenemos que hacer referencia a los medios telemáticos como alternativa a la pena de prisión. Lo que hace años se antojaba pura ciencia ficción es hoy una realidad consolidada, con múltiples ramificaciones y perspectivas».

Gudín Rodríguez-Magariños (63), apunta otra dimensión, que irónicamente señala como «el fantasma del control totalitario», señalando: «...El sistema de vigilancia electrónica fue creado para evitar la deshumanización del sistema penitenciario a la sombra de los muros, pero ciertamente existe peligro de que la sombra telemática sea mucho peor». Y lo dice más claro aún, si cabe (64): «...Es altamente problemático confiar al Estado la intimidad personal y familiar de un grupo de individuos y sus familias...El mal uso de estas técnicas puede tener consecuencias, realmente apocalípticas pues un Estado totalitario que disponga de estos instrumentos podría anular la identidad de los seres humanos que componen el grupo, dañando, por ende, su dignidad».

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN FRASQUET, M. P. *Algunas Consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de liber-*

(62) REVIRIEGO PICÓN, F. y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Los Sistemas Penitenciarios...* ob. ya cit., p. 130.

(63) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Sistema Penitenciario y revolución telemática ¿El fin de los muros en las prisiones?* Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Editorial Slovento. Junio de 2005, p. 85.

Incluso, en su tesis *Retos del derecho administrativo frente al sistema penitenciario del Siglo XXI...* ob. ya cit., p. 167, desde un punto de vista técnico-jurídico, señaló: «Este tipo de procedimientos, más que discutibles desde un punto de vista ético, son totalmente inaceptables e inadecuables a un Estado Social y Democrático de Derecho y en los planteamientos de la Ley Penitenciaria Española basados en las ideas de tratamiento estatal-administrativo de los delincuentes en que la idea fundamental es la búsqueda de la integración del individuo con conductas desviadas dentro del marco social y que fue base sobre la que sustentó el artículo 25. 2 de la Constitución Española».

Y en su p. 975 no lo puede indicar más claro: «las pulseras de seguimiento ofrecen una serie de ventajas en cuanto a merma de derechos fundamentales (como el de la intimidad) y de inseguridad jurídica que los creadores del sistema y el acólito grupo de furiosos entusiastas no se han detenido a analizar».

(64) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Sistema Penitenciario...* ob. ya cit., p. 213.

- tad*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. «La justicia en la Constitución de 1812», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.
- ARANDA CARBONELL, M. *Reeducación y Reinserción social: Tratamiento Penitenciario: Análisis teórico y aproximación práctica*. (Tesis doctoral dirigida el Dr. Francisco Bueno Arus y codirigida por el Dr. José Cerezo Mir). Departamento de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2005.
- BARAS GONZÁLEZ, M. *El espacio penitenciario Europeo*. (Tesis doctoral dirigida por la Dra. Carmen Quesada Alcalá. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia (TD 04847 0000218008). 2012.
- BELTRÁN NUÑEZ, A. *Cuestiones penológicas. Determinación e individualización de la pena en el derecho penal militar*. La Jurisdicción Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1992.
- BERISTAIN IPIÑA, A. *Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutos*. Anuario del Derecho Penal, III. 1979 (1979. Tomo 32. núm. 3).
- CÁCERES GARCÍA, J. M. *Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: Del fraude a la crueldad innecesaria*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007.
- CALDERÓN SUSIN, E. *Desobediencia permanente al cumplimiento de las obligaciones militares o a la negativa del militar a seguir siéndolo, como hecho punible (art. 102.3 CPM) (dentro de la obra colectiva Los delitos contra la prestación del Servicio Militar*. José M.^a Bosch editor. S. A. Primera edición. Barcelona 1995.
- DE COSSÍO Y GÓMEZ-ACEBO, M. *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*. Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra». Madrid 1914.
- DÍEZ PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson-Cívitas. Navarra. 2008.
- ENCINAR DEL POZO, M. A. *Las Medidas de Seguridad Postdelictuales: Nuevas Orientaciones. Análisis Espacial de la «Custodia de Seguridad»*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007.
- FERREIRÓS MARCOS, E. *La indicación de peligro para terceros como causa de imposición de tratamiento ambulatorio involuntario en salud mental y dependencias. La intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho administrativo I*. 11.^a edición. Editorial Cívitas. Madrid 2002.
- GARCÍA VALDÉS, C. *Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Ponencias presentadas en las I jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares. Facultad de Derecho-ICE. Mayo de 1984. Editorial Universidad de Alcalá de Henares. 2.^a Edición. Salamanca 1989.

- GÓMEZ ESCOBAR MAZUELA, P. *Algunas cuestiones sobre la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las Medidas de Seguridad*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Madrid 2007.
- GÓMEZ ORBANEJA, E Y HERCE QUEMADA, V. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Ageda. 10.ª Edición. Madrid 1987.
- GONZÁLEZ CANO, I. «La ejecución de la pena privativa de libertad en el ámbito castrense y el Juez Militar de Vigilancia Penitenciaria». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 63. Enero-Junio de 1994.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Sistema Penitenciario y revolución telemática ¿El fin de los muros en las prisiones?* Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado. Editorial Slovento. Junio de 2005.
- HIGUERA GUIMERA, J. F. *El Cumplimiento de las penas. Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J. «La Reforma Penal Militar. Determinación e Individualización de la Pena». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 63. Enero-Junio de 1994.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, 3.ª Edición. Editorial Losada. Buenos Aires 1964.
- MAESTRE DELGADO, E. «Un ordenamiento doblemente especializado». *Revista la Ley Penal*. núm. 106. Enero-Febrero 2014.
- MATAMOROS MARTINEZ, R. «Apuntes sobre el presente y futuro del sistema penitenciario militar». *Revista la Ley Penal*. núm. 106. Enero-Febrero 2014.
- MILLÁN GARRIDO, A. *Delito de falta de Incorporación a filas (dentro de la obra colectiva Los delitos contra la prestación del Servicio Militar*. José M.ª Bosch editor. S. A. Primera edición. Barcelona 1995.
- MONZÓN Y DE ARAGÓN, M. *Ayer y hoy de la jurisdicción militar en España*. Discurso leído el día 27 de abril de 2003 en su acto de recepción pública y contestación FLORES PÉREZ, A. Real Academia Sevillana de Legislación y jurisprudencia. Editorial Comares, S. L. Sevilla 2003.
- PIGNATELLI Y MECA, F. *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español. Consideraciones sobre el capítulo III del Título XXI del Libro II del Código Penal*. Ministerio de Defensa. Madrid 2003.
- REVIRIEGO PICÓN, F. «Los derechos de las personas privadas de libertad», *Cultura de la paz y grupos vulnerables. Libro II. Historia de los derechos fundamentales Tomo IV. Siglo XX*, Madrid 2014.
- REVIRIEGO PICÓN, F. Y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «Los Sistemas Penitenciarios Europeos frente al Siglo XXI». *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior* núm. 4. Julio-Diciembre 2010.
- SERRANO PATIÑO, J. V. «La Protección Judicial en el Sistema Penitenciario Militar Español». *Revista de la Uned*, núm. 12, 2013.



CRÓNICAS EXTRANJERAS

La reforma penitenciaria peronista vista desde España: análisis de la gestión de Roberto Pettinato en la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* (Madrid, 1947-1958)

JORGE A. NÚÑEZ (1)

«... no es difícil darse cuenta que tanta perfección y bondad [en la Penitenciaría Nacional] no serían posibles sin... la dirección de un excelente penitenciarista como el que hoy ocupa la Dirección Nacional de Institutos Penales [Roberto Pettinato] y sin el clima de justicia social que en la Argentina se respira en esta coyuntura, el cual ha tenido cristalización perfecta en esta obra... de la cual debemos sentirnos orgullosos como españoles y como profesionales penitenciarios por correspondernos todo lo que es argentino, como propio nuestro. Argentina se engrandece en el orden penitenciario y España no puede estar ausente de esta alegría» (2)

«... como precursor del camino emprendido en el orden penitenciario es obligado citar al que fue Director General de Prisiones de esta nación don Roberto Pettinato que con un sentido práctico de la función penitenciaria supo imprimir en el régimen de las prisiones los elementos reformadores del delincuente y aplicarlos con espíritu humano y predominantemente educador» (3)

(1) Investigador asistente en CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, Argentina); INHIDE (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires); MPlER (Instituto Max-Planck para la Historia del Derecho Europeo, Frankfurt am Main).

(2) «La Penitenciaría Nacional Argentina de Las Heras establecimiento modelo (de nuestro corresponsal en Buenos Aires Ricardo G. Gereda)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año X, Noviembre-Diciembre 1954, núm. 113, pp. 65-69.

(3) «Movimiento actual sobre la reforma penitenciaria en la República Argentina por Alberto de Rody», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año XIV, Enero-Febrero 1958, núm. 132, pp.101-104.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar la forma en que la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Madrid) caracterizó la labor de Roberto Pettinato en la reforma penitenciaria realizada durante el primer gobierno peronista (1946-1955). En ese sentido, argumentaremos sobre la existencia de importantes vínculos intelectuales e institucionales entre los penitenciaristas españoles y argentinos en el período indicado, que se interrumpieron luego del derrocamiento de Juan Domingo Perón.

Palabras clave: *Pettinato-Peronismo-Prisiones-España-Argentina.*

ABSTRACT

The aim of this paper is analyze how the Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (Madrid) characterized the work of Roberto Pettinato in the Argentine penitentiary reform during the first Peronist government (1946-1955). The existence of important intellectual and institutional links between the Spanish and Argentine penitentiaries during this period was considered, which were interrupted after the overthrow of Juan Domingo Perón.

Keywords: *Pettinato-Peronism-Prison-Spain-Argentina.*

SUMARIO: I. Introducción: algunos comentarios acerca de una línea de investigación.–II. La *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* (Madrid).–III. La relación penitenciaria entre España y Argentina. III.a Visitas de corresponsales y autoridades españolas a prisiones argentinas. III.b Lazos intelectuales entre penitenciaristas españoles y argentinos. III.c Noticias de la coyuntura argentina: la *batalla* por el aumento de la productividad. III.d La *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* y Roberto Pettinato: viaje a España y Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario.–IV. A modo de conclusión: la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* tras el derrocamiento del peronismo: la reivindicación de la figura de Pettinato.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DE UNA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Este trabajo se inserta en una línea de investigación que procura indagar, a partir de emprendimientos individuales y colectivos, en

diferentes aspectos de la historia de la prisión en la Argentina y en Iberoamérica que han sido escasamente abordados desde la historiografía jurídica y social (4).

Es muy conocido el poderoso impacto que ha tenido (y aún conserva en muchas comunidades académicas) la obra de Michel Foucault, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, publicada en 1975, en la que caracterizaba a ésta como una nueva tecnología de poder (al igual que hospitales, escuelas, manicomios), que ejercía la disciplina sobre los penados, a fin de normalizarlos y producir la conformidad de los individuos con un modelo óptimo (5).

Sin desconocer el carácter fundacional de *Vigilar y Castigar* (aunque se nutre de aportes previos), en las últimas décadas la historiografía señaló algunos límites que tiene para el estudio de las prisiones (6). Entre otros, cabe señalar el hiato existente entre los

(4) Mi tema de investigación en el CONICET versa sobre la reforma penitenciaria en Argentina y España en los siglos XIX y XX. En lo que atañe a los emprendimientos colectivos cabe destacar dos: en primer lugar, la *Revista de Historia de las Prisiones* –editada en formato electrónico y de acceso gratuito– que dirijo junto con José Daniel Cesano. Esta revista, que en breve presentará su tercer número, ha venido a cubrir un vacío en la historiografía penitenciaria iberoamericana, publicando investigaciones sobre temas carcelarios de reconocidos especialistas y de jóvenes investigadores. Puede accederse a su contenido en este link: [/http://www.revistadeprisiones.com](http://www.revistadeprisiones.com); en segundo lugar, la colección *Criminología Argentina* –también dirigida en coautoría con José Daniel Cesano– que reedita obras clásicas de la criminología local, de difícil acceso, precedidas por estudios preliminares que contextualizan al autor y la obra. A la fecha, la colección ha publicado seis volúmenes. Pueden consultarse los títulos en este link: http://www.editorialbuena- vista.com.ar/index.php?page=shop.browse&category_id=12&vmcchk=1&option=com_virtuemart&Itemid=182.

(5) Si bien la obra foucaultiana (entre otros méritos) removió la tendencia marxista a alinear mecánicamente a los fenómenos ideológicos con la "superestructura" y al ejercicio de poder con la "estructura", los estudios sobre la prisión también fueron influenciados por el enfoque económico-estructural. Un ejemplo clásico es el libro *Cárcel y fábrica*, de Dario MELOSSI y Massimo PAVARINI, que vincula el nacimiento y evolución de los sistemas penitenciarios con las necesidades productivas de las clases dominantes y el disciplinamiento de los sectores subalternos.

(6) Para la crítica a los argumentos marxistas y foucaultianos, véase el trabajo de GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Una nota acerca del origen de la prisión», en García Valdés, Carlos (director), *Historia de la prisión. Teorías economicistas, crítica (curso de doctorado)*, Madrid, Edisofer, 1997, pp. 399-415. Por su parte, Levaggi, en un libro publicado recientemente –del que este trabajo procura seguir, en parte, su metodología– afirma que «... la historia de la cárcel, o de la prisión, ha sido abordada según, por lo menos dos criterios distintos. Éstos dieron lugar a dos géneros de obras solo en apariencia homologas, pero, realmente, no comparables entre sí. Me refiero a las historias concebidas y realizadas según los cánones de la ciencia histórica, con su variedad de métodos y enfoques, es decir obras propiamente historiográficas, y a aquellas otras historias para las cuales lo histórico, tratado con muchas licencias, solo

planes reformistas y el funcionamiento cotidiano de las instituciones carcelarias; la nula implementación del panóptico benthamiano; el escaso impacto de los talleres penitenciarios como *disciplinadores* de la mano de obra penada, etc. (7). Asimismo, como señaló Lila Caimari, el aferramiento de los investigadores a los postulados foucaultianos produjo una paradójica situación en la que un autor sumamente irreverente generó una tradición de apropiaciones sorprendentemente reverentes (8).

Animados de este espíritu de renovación, consideramos de gran importancia realizar investigaciones localizadas en ámbitos regionales periféricos (según ha señalado Bohoslavsky) (9), en instituciones car-

tiene un valor instrumental, ya que el objetivo es usarlo –diría que forzar su uso– para demostrar ciertas tesis penológicas, situadas en el campo de la dogmática jurídica, la criminología, la psiquiatría. Aun cuando toda historia está relacionada con el presente, puede decirse que en las primeras el fin perseguido es reconstruir y representar con fidelidad ese pasado que sigue vivo en el presente, mientras que en las segundas el pasado sólo interesa como argumento para avalar propuestas reformistas, por lo tanto, de cara al futuro. Hay en ellas un entrecruzamiento inducido de teoría y datos de la realidad. Constituyen una nueva forma de historia pragmática, guiada por móviles que pueden ser buenos, pero que no son los de la ciencia histórica. Es susceptible de criticar su tendencia a someter los datos a interpretaciones exageradas, por lo menos, desde el punto de vista de su generalidad». Véase, LEVAGGI, Abelardo, *Las cárceles argentinas de antaño. Siglos XVIII y XIX. Teoría y realidad*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 1-2.

(7) Sobre la función laboral llevada a cabo en los talleres penitenciarios (escasos, anticuados y con una mano de obra no cualificada ni abundante), García Valdés afirma que «... el trabajo en la privación de libertad es en su origen, redención; a veces, castigo; siempre, envés del ocio; a lo sumo, mínima formación profesional, asaz dificultosa, pero nunca elemento político de la producción nacional sobre la que cabe actuar. Sólo desde el retorcimiento argumental se concluye con tal reflexión imposible», GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Una nota acerca del origen de la prisión», en García Valdés, Carlos (director), *Historia de la prisión. Teorías economicistas, crítica (curso de doctorado)*, Madrid, Edisofer, 1997, pp. 399-415.

(8) Véase, CAIMARI, Lila, «Usos de Foucault en la investigación histórica», en *Documento de Trabajo* núm. 18, Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina. 2005. Disponible en: <http://udesa.vps31.syncromind.com/files/EscEdu/DT/DT18-Caimari.pdf>. Un trabajo que analiza el impacto y los debates generados por la obra de Foucault en la historiografía francesa, en GONZÁLEZ ALVO, Luis, «La historiografía penitenciaria francesa después de Foucault: una aproximación a través de la obra de Jacques-Guy Petit (1975-2000)», en *Historia da Historiografía*, núm. 18, 2015, pp. 57-74.

(9) BOHOSLAVSKY, Ernesto, «Uso (y abuso) de Foucault para mirar a las instituciones de castigo en Argentina, 1890-1930», en *Cyber Humanitatis*, núm. 35 (Invierno 2005). Disponible en: http://web.uchile.cl/vignette/cyberhumanitatis/CDA/texto_sub_simple2/0,1257,PRID%253D16159%2526SID%253D16174%2526ISID%253D576,00.html.

celarias particulares y en diferentes aspectos del mundo prisional, que no han sido abordados por los estudiosos (10).

Son muchos los interrogantes que tenemos sobre el universo de las prisiones en la Argentina de los siglos XIX y XX. Interrogantes de tipo cuantitativo –supuestamente ramplones– referidos al núm. de cárceles existentes: cuántas había, dónde estaban ubicadas, quién las diseñó y construyó (11), con qué presupuesto contaban, etc., así como de tipo cualitativo: ¿cuánto sabemos sobre los reformadores Antonio Ballvé, Juan José O'Connor, José María Paz Anchorena, Roberto Pettinato o Juan Carlos García Basalo, por mencionar solo a los más destacados? (12); ¿quiénes fueron los directores del medio centenar

(10) Véase, NÚÑEZ, Jorge y Luis GONZÁLEZ ALVO, «El porvenir del pasado penitenciario. Sobre la construcción de una agenda de trabajo para la historia de la prisión en la Argentina (1860-1950)», en *Research Paper Series*, núm. 2015-06. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2648960>.

(11) Un tema clave, poco abordado por la historiografía argentina, es el de la arquitectura penitenciaria. Véase el trabajo reciente de Alejo GARCÍA BASALO, «Tipologías de la arquitectura penitenciaria argentina durante el siglo XIX», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 2, 2016, pp. 115-149. Su padre, Juan Carlos García Basalo (sobre el que diremos alguna cuestión más adelante), publicó numerosas contribuciones sobre la arquitectura penitenciaria en la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* (Madrid).

(12) A diferencia del caso español, en el que hubo algunas mujeres que tuvieron un papel importante en la reforma penitenciaria (por ejemplo, Concepción Arenal y Victoria Kent), en Argentina –al menos quien escribe estas líneas, en el estado actual de su investigación–, desconoce la participación del género femenino en la reforma de las prisiones. En lo que respecta a los reformadores penitenciarios mencionados, sobre Antonio Ballvé, célebre director de la Penitenciaría Nacional, se han publicado algunos trabajos en la *Revista Penal y Penitenciaria* en los años 60'. Juan José O'Connor, fue Inspector de las Cárceles de los Territorios Nacionales, Director General de Institutos Penales (artífice de la Ley 11.833, de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, que implantó el régimen individualizado y progresivo en la ejecución penal y dotó a las cárceles nacionales de una organización centralizada y técnica) y Juez de Menores. Muerto prematuramente en 1942, recibió cuantiosos homenajes del mundo penitenciario. Por ejemplo, en 1960, un editorial de la *Revista Penal y Penitenciaria* destacaba su carácter empírico y práctico y que no hacía elucubraciones de gabinete. Allí lo definía como un *pionero* y *maestro* que aún «inspiraba la política penitenciaria argentina y cuya dedicación, entusiasmo y desinterés siempre constituirán el más noble ejemplo a imitar». Véase, «Un cuarto de siglo de penitenciarismo nacional», en *Revista Penal y Penitenciaria*, año XXV, Enero-Diciembre 1960, núm. 95-98, pp. 5 y ss. Roberto Pettinato –sobre el que volveremos más adelante en esta introducción– ha sido el reformador penitenciario más estudiado. Véanse en especial los trabajos de Jeremías SILVA: «Roberto Pettinato: trayectoria gubernamental y política penitenciaria durante el peronismo clásico», en IV Congreso de Estudios sobre el peronismo, San Miguel de Tucumán, 2014 y «Roberto Pettinato: La política carcelaria entre la dignificación y la represión», en Raanan Rein y Claudio Panella (compiladores), *La segunda línea: Liderazgo peronista. 1945-1955*, Pueblo Heredero/Eduntref, 2013, pp. 267-287 y los de José Daniel CESANO: «La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946-

de prisiones que había en la Argentina, según consta en el primer censo carcelario realizado en 1906 (13); ¿qué tipo de régimen se aplicaba en aquéllas?; ¿cómo se organizaba el trabajo?; ¿qué educación recibían los reclusos –de índole teórica o de carácter práctico– atendiendo a su utilidad para la futura puesta en libertad? (14), y las bibliotecas en las prisiones ¿cómo se conformaban, cuántos y con qué títulos contaban? (15); ¿qué impacto tuvo la religión en la *regeneración* de los penados? (16); ¿de qué forma se implementaron las activi-

1955); humanización, clima ideológico e imaginarios», en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 39, Enero-Junio 2010, disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842010000100002. También puede consultarse la obra reciente de Grünberg (prologada por Raúl Zaffaroni), que analiza el modo en que las transformaciones generales del peronismo, tuvieron su impacto en el mundo penitenciario. Véase, GRÜNBERG, Adrián F., *Roberto Pettinato. Humanitarismo penitenciario en acción*, Buenos Aires, Ediar, 2015. Las destacadas figuras de Juan Carlos García Basalo (Inspector General de Institutos Penales de la Nación durante el peronismo y una larga trayectoria posterior y el gran historiador penitenciario, entre otros aspectos) y José María Paz Anchorena, todavía esperan por sus biógrafos.

(13) *Primer censo carcelario de la República Argentina. Levantado el 31 de Diciembre de 1906 por Antonio Ballvé (Director de la Penitenciaría Nacional) y Miguel. L. Desplats (Director de División del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública)*. Buenos Aires. Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional. 1909. En un trabajo publicado en la *Revista Penal y Penitenciaria* se elogiaba a los directores de prisiones puesto que cumplían una «función nobilísima, alta e inconfundiblemente humana en interés mismo del que sufre y sobre todo de la sociedad». Allí se afirmaba que era preciso nivelar la función del magistrado, que aplica la pena y la del funcionario que actúa, supervisa y guía la ejecución. Concluyendo que «... el magistrado de la ley castiga, el abogado de la pena, vigila, mejora y si es posible enmienda». Véase, «El director penitenciario. Importancia de sus funciones», en *Revista Penal y Penitenciaria*, Año XIX, números 71-73, Enero-Diciembre de 1954, pp. 170-2. En lo que atañe a la historiografía nacional, hoy en día conocemos solo de manera muy fragmentaria el elenco de los directores (formación, ideario, trayectoria vital, relación con las élites políticas, etc.) de los dos establecimientos más importantes de la Argentina: la Penitenciaría Nacional y el Presidio de Ushuaia.

(14) PIERINI, María de los Milagros y Mariana BENAVIDEZ, «La educación en un medio carcelario: una primera mirada desde la cárcel de Río Gallegos durante la época del Territorio», en *X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*, Universidad Nacional de Rosario. Universidad Nacional del Litoral. 2005.

(15) Para una visión reciente, PÉREZ PULIDO, Margarita, «Acerca de las bibliotecas en las prisiones y sus servicios», en *Educación y Biblioteca*, núm. 85, 1997, pp. 40-44 y GARCÍA PÉREZ, Sandra, «Un acercamiento a las bibliotecas de los centros penitenciarios», en *Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios*, núm. 62, Marzo 2001, pp. 79-89.

(16) Sobre la influencia de la religión en los establecimientos carcelarios, véase SIGÜENZA VIDAL, María Fernanda, «La entrada está en tus manos, la salida en las de Dios». La religión como medio de rehabilitación de los presos en la cárcel de Belén y la Penitenciaría de Lecumberri (1874-1900)», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 2, 2016, pp. 206-221.

dades culturales y deportivas: bandas de música, concursos de poesía, gimnasia, instrucción militar?; ¿qué sabemos sobre los periódicos editados en las prisiones por –y para– los propios internos (*Vida Nueva*, de la Cárcel de Encausados de Buenos Aires, *Domingo y Mañana* en la Penitenciaría Nacional o *El Trabajo*, de la Cárcel de Formosa, entre otros).

Si nos ubicamos extramuros de la prisión, aparecen nuevos interrogantes: muy poco sabemos acerca de los patronatos de liberados de las cárceles: ¿lograron bajar los niveles de reincidencia?; (17) ¿de qué manera incidió la incorporación en el código penal de instituciones como la libertad condicional y la condena condicional? (18) ¿Qué sabemos acerca de la relación entre los directores de las cárceles y las sociedades locales? (19) Directamente vinculado con el universo pri-

(17) He trabajado algunas ideas sobre los patronatos de liberados en España y Argentina. Véase, NÚÑEZ, Jorge, «Notas para el estudio de los patronatos de liberados y excarcelados de las prisiones de España y la Argentina (1890-1918)», en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 39, Enero-Junio 2010, disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S185317842010000100006&script=sci_arttext y «La reinserción social de los ex-presidarios en la Argentina de las primeras décadas del siglo XX. Algunos comentarios biográficos sobre Jorge H. Frías, fundador del Patronato de Liberados y Excarcelados de la Capital Federal (1ra parte)», en *Temas de Historia Argentina y Americana*, núm. 22. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/reinsercion-social-ex-presidarios-argentina.pdf>. Sobre la labor de los patronatos de liberados en Barcelona véase, MONTERO-PITCH, Óscar, «La obra de los patronatos de presos en la Cárcel Modelo de Barcelona (1904-1931)», en *Revista de Historia de las prisiones*, núm. 2, 2016, pp. 166-184.

(18) Ambas figuras se incorporaron en el código penal sancionado en la Argentina en 1921, gracias a la labor de Rodolfo Moreno (h). Es de importancia conocer el modo en que se implementaron la libertad y la condena condicional en los códigos de procedimiento penal, dictados en cada provincia argentina. Véase, NÚÑEZ, Jorge, «Algunos comentarios en torno a la sanción de la libertad condicional en la República Argentina», en *Naveg@america. Revista electrónica de la Asociación Española de Americanistas* (en línea), 2010, n° 5. ISSN: 1989-211X. Disponible en <http://revistas.um.es/navegamerica/article/view/111461>

(19) Hay muchos casos de penitenciaristas que adquirieron notoriedad en varias poblaciones por su labor en la reforma carcelaria. Notoriedad que perdura hasta la actualidad (visible en nombres de avenidas principales, estaciones de tren, torneos de deportes populares que llevan sus nombres, etc.). Entre otros, cabe señalar el caso que he estudiado de Fernando Cadalso y Manzano, creador de un reformatorio para adultos en Ocaña (Toledo, España), o el de Catello Muratgia, fundador del Presidio de Ushuaia. Sobre Cadalso, véase, NÚÑEZ, Jorge, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid, Universidad Carlos III, Colección Historia del Derecho, 2014, Disponible en <http://hdl.handle.net/10016/19662> (en particular, el capítulo III). Algunos datos biográficos sobre Muratgia en MURATGIA, Catello, *Breve estudio sobre la regeneración de los delincuentes*. Estudio Preliminar, González Alvo, Luis y Jorge Núñez, Colección Criminología Argentina, núm. 5, Buena Vista Editores, Córdoba, 2015.

sional todavía queda mucho camino por recorrer en lo que atañe a la formación de los guardiacárceles (20); la realización de congresos penitenciarios (el primero de América Latina se llevó a cabo en Buenos Aires en 1914) (21); los viajes a Europa y Estados Unidos para estudiar el régimen carcelario (e implementar, a posteriori, algunas de esas instituciones) (22) y un largo etcétera. También, sería de suma utilidad realizar una historia total del Servicio Penitenciario Federal, desde su creación hasta los tiempos actuales, ejercicio que deberá nutrirse de los relatos realizados por la propia institución (23).

Por supuesto no desconocemos que se han llevado a cabo y se están realizando investigaciones que abordan algunos de los tópicos arriba enunciados, en especial, centradas en los espacios provinciales (Tucumán, Córdoba, Neuquén, Santa Fe, La Pampa, Santa Cruz) (24).

(20) Véase, NAVAS, Pablo Daniel, «La construcción de soberanía y el control social en la periferia patagónica desde la cárcel de Río Gallegos (1895-1957)». Tesis para optar por el grado de Doctor en Historia Universidad Nacional de La Plata, 3 de diciembre de 2012 (en especial, capítulo 2). Disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/30750/Documento_completo_.pdf?sequence=1. Otro tema de interés refiere a la conformación de asociaciones por parte del personal del Servicio Penitenciario Federal así como a sus publicaciones periódicas. Entre otras, cabe mencionar la AJORP (Asociación de Jefes y Oficiales Retirados del Cuerpo Penitenciario de la Nación), fundada en Diciembre de 1958, que editaban su periódico *Nueva Vida*.

(21) ZALDARRIAGA, Hernán E., CELENTANO, Carlos, BRUNO, Darío y Claudio Marcelo MICELI, «Participación de representantes del discurso psicológico de principios del siglo XX en el Primer Congreso Penitenciario Nacional de 1914», disponible en http://23118.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/informacion_adicional/obligatorias/034_historia_2/Archivos/inv/8PrimerCongreso.pdf.

(22) NÚÑEZ, Jorge y Luis GONZÁLEZ ALVO, «Los viajes de estudio de Adolfo S. Carranza y la reforma penitenciaria en Tucumán (1911-1927)», en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 48, Julio-Diciembre 2014, pp. 121-141.

(23) Véanse, entre otros, *De la pena al tratamiento*. Buenos Aires, Servicio Penitenciario Federal. República Argentina, 2010 (agradezco a Débora Rodríguez haberme facilitado este texto); Regueira, Antonio, «Evolución del Servicio Penitenciario Federal hasta el presente», Buenos Aires, 1981, s/e; Martino, Mónica Viviana, «Las cárceles federales argentinas. Su historia desde 1553 hasta la actualidad. Organización», s/e, s/f, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41053.pdf>.

(24) Para la provincia de Tucumán son de referencia ineludible los trabajos de Luis GONZÁLEZ ALVO. Véanse, entre otros: *Modernizar el castigo. La construcción del régimen penitenciario en Tucumán, 1880-1916*. Rosario, Ediciones Prohistoria, 2013; «La reforma penitenciaria en «el subtrópico de la República» (Tucumán, Argentina, 1881-1927)», en *Pilquen*, 2015 volumen 18 pp. 23-39 y «La recepción de las nuevas ideas penales y criminológicas en Tucumán (1880-1916)», en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 43, 2012, pp. 64-101. Para la provincia de Córdoba, LUCIANO, Milena, «La Penitenciaría de Córdoba: proceso de construcción, régimen interno y tensiones institucionales, 1887-1907», en *Revista Prohistoria*, volumen 21,

Sin embargo, creemos que es importante orientar y redoblar los esfuerzos investigativos en esta dirección. En otras palabras, es preciso realizar trabajos acotados (espacial y temporalmente) a una institución carcelaria en particular, a una figura de la reforma penitenciaria, a la sanción de una ley vinculada al mundo prisional (libertad condicional, condena condicional), etcétera.

Consideramos que estas investigaciones deben tener como basamento sólido el trabajo en los archivos penitenciarios, prestando menos atención a la literatura teórica antes señalada. La indagación en los archivos argentinos es ardua (a diferencia, por ejemplo, de España), puesto que, por lo general, carecemos del conocimiento sobre los repositorios que existen. Así, en su mayoría, no contamos con catálogos descriptivos de la documentación que sean de acceso público (25), no existen obras digitalizadas para consulta de los investigadores y es necesario realizar varios procedimientos burocráticos para poder ingresar a los mismos (26).

pp. 131-155 y «La versión local del reformismo penitenciario. Córdoba, 1908-1916», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 1, 2015, pp. 99-116. En el caso de Neuquén, el clásico trabajo de BOHOSLAVSKY, Ernesto y Fernando CASULLO, «La cárcel de Neuquén y la política penitenciaria argentina en la primera mitad del siglo XX», en *Nueva Doctrina Penal*, 2008, A, pp. 295-314. Para la provincia de Santa Fe, véase, PIAZZI, Carolina, *Justicia criminal y cárceles en Rosario (segunda mitad del siglo XIX)*, Rosario, Prohistoria Ediciones, 2011 y «Las cárceles en el Rosario de la segunda mitad del siglo XIX: fuentes y enfoques», en *Trabajos y Comunicaciones*, 2012, pp. 31-56 y LARKER, José, *Criminalidad y control social en una provincia en construcción: Santa Fe, 1856-1895*, Prohistoria Ediciones, Rosario, 2011. Para la provincia de La Pampa, el trabajo reciente de FLORES, Valeria, «Los inicios del sistema carcelario en el Territorio Nacional de la Pampa (1884-1930)», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 1, 2015, pp. 53-77. Finalmente, para Santa Cruz, el trabajo ya citado de Navas, «La construcción», *op. cit.*

(25) El Grupo Crimen y Sociedad (<http://www.crimenysociedad.com.ar/>) dirigido por Lila Caimari y Eduardo Zimmermann ha realizado notables esfuerzos para facilitar el acceso de los investigadores a los archivos policiales de los siglos XIX y XX (y para su digitalización). Dentro del Grupo cabe destacar la labor de Mariana Nazar (Archivo General de la Nación). Véase, entre otros trabajos de la autora, «La política de accesibilidad del Archivo General de la Nación frente a los documentos del Siglo XX», en *Memoria Abierta*, disponible en http://www.memoriaabierta.org.ar/materiales/pdf/mariana_nazar.pdf.

(26) Está pendiente de realización un trabajo que dé cuenta del estado de los archivos penitenciarios en la Argentina así como la documentación que albergan. Algunas alusiones sobre el acceso a los archivos penitenciarios en CAIMARI, Lila, «Entre el panóptico y el pantano: avatares de una historia de la prisión argentina», en *Política y Sociedad*, 2009, Volumen 46, núm. 3, pp. 135-147. Por mi parte, he tenido la posibilidad de visitar en un par de ocasiones el archivo del Museo Penitenciario Argentino «Antonio Ballvé» del Servicio Penitenciario Federal. El material existente es de suma utilidad para los investigadores interesados en la reforma penitenciaria argentina de los siglos XIX y XX. Además, es importante destacar la buena predisposición del personal del archivo.

En esta ocasión, nos centraremos en la figura de Roberto Pettinato (el reformador penitenciario más importante del primer gobierno peronista) (27), analizando un aspecto que ha sido escasamente considerado: su proyección internacional (28). Para ello, indagaremos en el

(27) Tributarios de los pioneros trabajos de Lila Caimari sobre el penitenciarismo justicialista (la historiadora argentina más destacada en esta temática), José Daniel Cesano y Jeremías Silva han abordado de manera muy sagaz el fenómeno de Roberto Pettinato. Sus investigaciones sobre el modo de castigar durante el peronismo se insertan en una literatura que estudia los orígenes del primer peronismo (intelectuales y peronismo, políticas de vivienda, maternidad, infancia, democratización del bienestar, tiempo libre y ocio, etc.), así como en las investigaciones que indagan en la importancia de estudiar las segundas líneas en el peronismo. Creemos que la pregunta que recorre estos trabajos es acerca de cuánto de ruptura y cuánto de continuidad implicó el proyecto penitenciario justicialista. Cesano y Silva reconocen la *humanización* del castigo que trajo aparejado el peronismo: mejoras notables en la alimentación, salud, sexualidad (a través de las visitas íntimas), deporte, actividades culturales, preparación técnica de los reclusos, creación del Régimen Atenuado de Disciplina, etc., así como las *transformaciones simbólicas* producidas: eliminación del traje a rayas, cierre del tenebroso Presidio de Ushuaia (conocido como la Siberia criolla). Asimismo, ambos autores destacan las políticas dirigidas al Cuerpo de Guardiacárceles (organización y jerarquización del personal penitenciario, creación de la Escuela Penitenciaria de la Nación, equiparación con otros cuerpos del Estado, beneficios materiales, etc.). En otras palabras, esa *democratización del bienestar* que a través la Argentina peronista también habría llegado a las cárceles. Ahora bien, ¿implicó esto una ruptura con el pasado? Cesano y Silva afirman que no, puesto que las ideas en torno al mejoramiento de las condiciones materiales de penados y guardiacárceles, el cierre de Ushuaia, la eliminación del traje a rayas, ya estaban en la agenda de las élites y en la opinión pública, aunque no se hubiesen hecho efectivas. Asimismo, afirman la continuidad con el ideario rehabilitador de la criminología positivista de fines del siglo XIX, en las premisas del penitenciarismo, que es el derecho del Estado a privar de la libertad a un individuo y aprovechar ese lapso de tiempo para someter al penado a un régimen coercitivo de disciplina, trabajo y educación. Por otro lado, Cesano y Silva enfatizan en la utilización que hizo el gobierno peronista de la prisión para los detenidos políticos (en especial, comunistas, pero también radicales y socialistas) a los cuales torturó y aplicó malos tratos. Así, mientras los presos «comunes», atravesaron una etapa de bienestar, los presos políticos (opositores al régimen) sufrieron grandes penurias. Además de los trabajos ya citados de Cesano y Silva, véase, CAIMARI, Lila, «Que la revolución llegue a las cárceles»: el castigo en la Argentina de la justicia social (1946-1955)», en *Entre-pasados*, 2002 pp. 27-48 y *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1945*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2004.

(28) En un trabajo que verá la luz a la brevedad hemos analizado la labor de Roberto Pettinato en la construcción de la Penitenciaría del Litoral (Ecuador), en 1954, que fue, en su época, el establecimiento penal más moderno de Latinoamérica. La prensa ecuatoriana reflejó la destacada labor de Pettinato (recibido por el Presidente de ese país) señalando que éste era un «... distinguido caballero argentino... una de las más autorizadas personalidades en la Ciencia Penalista Moderna y es actualmente el Director de las Penitenciarías Nacionales Argentinas, donde ha hecho una labor realmente revolucionaria en los sistemas penales modernos». Agradezco los comentarios de Máximo Sozzo y Teresita Rodríguez en una reunión científica realizada en Bariloche que contribuyeron a enriquecer este trabajo.

modo en el que la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* –en adelante, REEP– caracterizó la situación penitenciaria argentina en el período 1945-1958.

Como intentaremos demostrar en este trabajo, entre 1945 y 1955 fueron muy asiduos y vigorosos los vínculos entre penitenciaristas españoles y argentinos, lo que es observable en las visitas de autoridades del Ministerio de Justicia de España y de corresponsales a las prisiones argentinas; el intercambio de información sobre revistas científicas, libros editados y congresos penitenciarios; la publicación de autores argentinos en la REEP, la opinión de magistrados españoles sobre tópicos de la realidad carcelaria argentina, etc.

Para la REEP (que reflejaba la postura de la Dirección General de Prisiones de España), Roberto Pettinato fue el actor clave de la reforma carcelaria argentina y así lo reflejó en sus páginas: visitas de aquél a las prisiones españolas; publicación de artículos del autor sobre la creación del Régimen Atenuado de Disciplina; entrega de la Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario (29); elogios de Pettinato a la situación carcelaria española y un largo etcétera.

Luego del derrocamiento de Juan Domingo Perón y el destierro de sus principales colaboradores (entre ellos, claro está, Pettinato), la REEP continuó elogiando al ex Director General por su labor en la reforma penitenciaria argentina. Incluso Pettinato envió algunas contribuciones a la revista desde su forzado exilio en Venezuela. Sin embargo, la estrecha vinculación anterior entre los penitenciaristas españoles y argentinos se interrumpió drásticamente (30).

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar, presentaremos brevemente a la REEP, fundada en 1945. A continuación, analizaremos los vínculos entre los penitenciaristas españoles y argentinos. A fines de una exposición ordenada, dividiremos dichos vínculos en varios ítems: visitas de corresponsales y autoridades españolas a las prisiones argentinas; lazos intelectuales entre los penitenciaristas de

(29) Sobre las premiaciones en el Ramo de Prisiones, véase, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Las condecoraciones penitenciarias», en *Revista de Estudios Penitenciarios. Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Extra 2006, pp. 225-244.

(30) Como señalaremos más adelante, es posible afirmar que luego de la caída del gobierno peronista en Septiembre de 1955 hasta al menos 1969 (año hasta el cual se ha consultado), el interés por conocer la realidad carcelaria argentina y los vínculos entre los penitenciaristas de ambos países descendieron notoriamente. Con excepción de alguna nota «suelta» en la cual, incluso, se elogia a Pettinato, los vínculos se limitan casi exclusivamente a algunas publicaciones de Juan Carlos García Basalo (Inspector General de Institutos Penales y Profesor de Penología de la Escuela Penitenciaria).

ambos países; noticias coyunturales sobre la situación carcelaria argentina (inauguración de un campo de deportes en la Penitenciaría Nacional, creación del Instituto de Criminología, la *batalla* por el aumento de la productividad en las prisiones, etc.) y la estrecha relación mantenida con Roberto Pettinato (publicaciones, viaje a España y sus opiniones sobre el régimen penitenciario de ese país, premiaciones recibidas, etc.) (31).

II. LA REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS (MADRID)

Como he señalado en una ocasión anterior, las revistas penitenciarias (pese a que han sido escasamente utilizadas por los estudiosos) son una fuente imprescindible para reconstruir el universo punitivo español de los siglos XIX y XX (32). Editadas con frecuencia variable (semanal, quincenal, mensual) estas revistas contenían copiosa información sobre el Ramo de Prisiones: artículos doctrinales; noticias sobre los establecimientos carcelarios y la población penada; información para los funcionarios –movimientos de personal, salarios, jubilaciones–; novedades sobre experiencias penitenciarias de naciones europeas y americanas y un largo etcétera (33).

La REEP comenzó a publicarse en abril de 1945. En la presentación del primer número, Ángel B. Sanz, Director General de Prisiones, destacó el sistema penitenciario español surgido tras la Guerra Civil «tan cristiano, tan humano y tan eficaz», así como a la institu-

(31) La división en estos ítems no seguirá un orden cronológico pero cabe resaltar que están todos estrechamente relacionados (por ejemplo, en un núm. de la REEP podemos encontrar el testimonio de una visita a la Penitenciaría Nacional, un artículo de Pettinato, una noticia sobre un libro publicado en Argentina, etc.).

(32) Véase, NÚÑEZ, Jorge, «Algunos comentarios sobre las revistas penitenciarias en España durante la Restauración. Una fuente imprescindible (y olvidada) para el estudio del ordenamiento punitivo (1894-1927)», en *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos*, año 4, núm. 4, 2013, pp. 266-277.

(33) Las revistas del Ramo de Prisiones (o dirigidas a) anteriores a la REEP que hemos consultado son (en orden cronológico): *Boletín de las Prisiones y Revista General de la Administración* (1863); *Revista de Prisiones* (1894-1909); *Gaceta de Penales y Policía. Periódico defensor de los Cuerpos de Vigilancia, Seguridad, Guardia Civil, Penales, Policía Municipal y Urbana* (1899); *Revista penitenciaria* (1904-1908); *Mundo Penal* (1912-1917); *La Policía Científica. Revista de identificación de interés para la Policía Guardia Civil y Prisiones* (1913-1914); *Progreso Penitenciario* (1913-1927); *Revista de prisiones* (1932-1933).

ción de la redención de penas por el trabajo, *única en el mundo* (34). Para Sanz, la misión de la REEP sería «... volver a decir[le] al mundo las eternas verdades de nuestro régimen penitenciario, cuyo fundamento fue siempre el amor, su contenido espiritual y católico, y su criterio reformador, por conocer que también el delincuente es portador de un alma capaz de salvarse o condenarse» (35).

En el mismo número, Amancio Tomé Ruiz, Director de la Escuela de Estudios Penitenciarios, indicó que el objetivo de la revista era «... tener una publicación científica profesional en donde los funcionarios puedan encontrar orientaciones, consejos, estímulos, enseñanzas: todos aquellos valores morales y técnicos que necesitan los que se ven obligados a enfrentarse, en sus respectivos cargos, con los problemas acaso más complejos y difíciles que se pueden presentar al entendimiento humano, al corazón y a la conciencia» (36).

La REEP –adoptando, en parte, el formato de revistas anteriores– contaría con cuatro secciones: 1) Sección doctrinal; 2) Crónicas de asuntos científicos y profesionales; 3) Informes e iniciativas de carácter social y penitenciario y 4) Crónicas del extranjero. A poco de andar –a pedido de sus lectores– incorporó dos secciones más: una dedicada al personal con altas, bajas, permisos, traslados, etc., y otra con comentarios sobre disposiciones que afectaban al funcionario del Ramo (37).

En la REEP –afirmaba Tomé Ruiz– para llevar adelante esta *labor ardua y meritísima*, participarían especialistas en Derecho Penal, Derecho Natural, Sociología Criminal y Psiquiatría, colaboradores distinguidos en la Ciencia Penitenciaria, destacados funcionarios de prisiones (*de sólidos conocimientos técnicos y con una larga y fecunda experiencia profesional*), periodistas *hábiles y cultos* y «... elevadas autoridades eclesiásticas, que pueden ser los mejores definidores del espíritu religioso que ha de presidir siempre esta ciencia» (38).

(34) Una mirada crítica sobre esta institución en RODRÍGUEZ TEIJEIRO, Domingo, «El sistema franquista de redención de penas por el trabajo en la segunda mitad de los años cuarenta: de los presos políticos a los comunes», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 2, 2016, pp. 185-205.

(35) *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I, Abril 1945, núm. 1, pp. 1-3

(36) *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I, Abril 1945, núm. 1, p. 2.

(37) *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I, Abril 1945, núm. 1, p. 3.

(38) *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I, Abril 1945, núm. 1, p. 3.

La flamante publicación, auguraba Tomé Ruiz «... recogiendo los resultados de las enseñanzas teórico-prácticas de la Escuela, logrará grandes triunfos para engrandecer nuestros sistemas técnicos de corrección, elevando la personalidad de los funcionarios de prisiones y el aspecto científico y espiritual del régimen en los establecimientos penitenciarios» (39).

Desde sus inicios, la revista resaltó su estrecha ligazón con el régimen franquista; así, argumentando sobre el ordenamiento penitenciario español, Tomé Ruiz afirmó que «... todas sus ideas, todo su caudal de doctrina irá siempre impregnado de los sentimientos humanos, cristianos y patrióticos de nuestro Caudillo Franco». Más adelante, recordó un discurso de Franco en el que éste señalaba que «... si se visitasen los establecimientos penales de los distintos países y se comparasen sus sistemas y los nuestros, puedo asegurarnos, sin temor a equivocarme, que no se encontraría régimen tan justo, católico y humano como el establecido desde nuestro movimiento para nuestros reclusos» (40).

Ahora bien, desde el primer núm. observamos el interés por conocer (y también aprender de) la realidad carcelaria argentina, con la publicación de un artículo sobre la Cárcel de Coronda (provincia de Santa Fe) (41). Pasemos a analizar estos vínculos.

III. LA RELACIÓN PENITENCIARIA ENTRE ESPAÑA Y ARGENTINA

En el período 1945-1955, hemos ubicado veinticuatro contribuciones referidas a la situación carcelaria argentina (o sobre tópicos penitenciarios que vinculaban a ambos países), divididas de la siguiente manera: 1945 (1); 1947 (2); 1948 (5); 1949 (3); 1950 (1); 1951 (4); 1952 (2); 1953 (1); 1954 (2) y 1955 (3). Como veremos más adelante,

(39) *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I, Abril 1945, núm. 1, p. 2.

(40) *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I, Abril 1945, núm. 1, p. 3.

(41) En noviembre de 1945 se produjeron algunos cambios en la REEP: el nuevo Director General de Prisiones, Francisco Aylagas Alonso, se hizo cargo de la revista, asesorado por Eugenio Cuello Calón, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central y flamante director de la Escuela de Estudios Penitenciarios. También lo acompañaron Mariano Puigdoller Oliver, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Central y de Ética y Derecho Natural de la Escuela de Estudios Penitenciarios y Amancio Tomé Ruiz, Jefe Superior del Cuerpo de Prisiones.

los años en que encontramos mayores vínculos (1948 y 1951), se relacionan estrechamente con la figura de Pettinato (en 1948 ya había asumido como Director General de Institutos Penales y en 1951 realizó un viaje a España para estudiar los establecimientos carcelarios).

Luego del derrocamiento del peronismo, este interés mutuo y estrecha relación, se redujeron notoriamente. Si tomamos, por ejemplo, el primer quinquenio posterior a Septiembre de 1955 (fecha en que Perón es destituido por un golpe militar autodenominado *Revolución Libertadora*) ubicamos doce contribuciones. A primera vista, pareciera que se mantiene similar frecuencia de intercambios, pero si indagamos con más detenimiento, vemos que seis contribuciones (la mitad) son artículos de Juan Carlos García Basalo sobre temas varios (arquitectura penitenciaria, Santo Tomás, una nueva ley penitenciaria en Argentina, etc.); un artículo refiere a la reforma penitenciaria (¡en que se elogia la labor realizada por Pettinato!); en tres contribuciones aparece Pettinato (su labor reformadora en Ecuador en la Penitenciaría del Litoral y un trabajo sobre la seguridad social en los establecimientos carcelarios). Finalmente, ubicamos una contribución sobre la nueva Ley Penitenciaria argentina (núm. 241 del año 1958), un escueto comentario sobre la visita del Ministro de Educación y Justicia argentino a España y una conferencia dictada por el R. P. José María López Riocerezo en Buenos Aires.

En la siguiente década esta tendencia se agudiza: en el período 1961-1969, hemos ubicado diecisiete contribuciones en la REEP. Doce de ellas son artículos de Juan Carlos García Basalo sobre temas penitenciarios diversos, *no argentinos* (formación borstal; arquitectura; ejecución de la pena; el Coronel Manuel Montesinos; las salidas transitorias; la formación del personal penitenciario; la labor de las Naciones Unidas para la prevención del delito, etc., y solo dos abordan aspectos estrictamente locales). (42) Las restantes contribuciones refieren a un análisis del Código de Faltas para la provincia de Entre Ríos y un texto de Pettinato (¡!) que había sido presentado en el Congreso Penal y Penitenciario realizado en La Haya en 1950.

En pocas palabras, consideramos que fue muy estrecha la relación y el mutuo interés entre los penitenciaristas españoles y argentinos durante el primer gobierno peronista (y en especial, tras la asunción

(42) «El sistema penitenciario federal argentino», en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Núm. especial sobre los sistemas penitenciarios contemporáneos, Año XXI, Abril-Diciembre 1965, números 169-171, pp. 27-60 y «La fase de confianza en la progresividad del régimen penitenciario federal argentino», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XXII, Octubre-Diciembre 1966, núm. 175, pp. 904-920.

de Pettinato como Director General de Institutos Penales) (43). Al finalizar la experiencia peronista, el interés de la REEP por la situación carcelaria argentina (artículos, visitas a prisiones, noticias coyunturales, etc.), se extinguió casi por completo. Sin embargo, la figura de Roberto Pettinato siguió teniendo fuerte presencia en sus páginas.

III.a Visitas de corresponsales y autoridades españolas a prisiones argentinas

Si bien, como indicamos, en abril de 1945, la REEP publicó un artículo sobre una cárcel argentina (44), fue recién a fines de 1947, cuando un corresponsal español viajó a nuestro país para conocer de forma directa la reforma penitenciaria que se estaba llevando a cabo. Cabe recordar que desde enero de ese año, Roberto Pettinato ya ocupaba el cargo máximo en la Dirección General de Institutos Penales (45).

(43) Si bien no será indagado aquí en profundidad, esa comunión penitenciaria entre ambos países, iba de la mano de un apoyo (mutuo) a los regímenes políticos de Francisco Franco y de Juan Domingo Perón.

(44) En «Geografía Penitenciaria: Una cárcel modelo argentina», Villanueva utilizaba un minucioso trabajo del jurista Sebastián Soler sobre la Cárcel de Coronda (ubicada a 98 kilómetros de Santa Fe), para afirmar que sus argumentos «pueden servirnos a nosotros de índice de la labor a desarrollar en España en estos momentos en que con tanto entusiasmo se acomete por la Dirección General de Prisiones la ingente labor de ir dotando a la nación de cárceles que respondan al espíritu penitenciario español de los maestros Montesinos, Arenal y Dorado Montero». Según Villanueva, Soler afirmaba que: 1) En la proyección de una cárcel debía tenerse en cuenta concretamente el problema que con ella se intenta resolver; 2) Los problemas carcelarios debían encararse conforme a un plan total; 3) Las construcciones carcelarias tenían que ser concebidas por el arquitecto sin lujo decorativo que encarezca el edificio; 4) El objeto de la prisión era la seguridad, enmienda e higiene absoluta y el estándar de vida del condenado no podía ser superior al del hombre honesto y humilde y finalmente, 5) Un buen plano del edificio era el mejor colaborador para la disciplina y la economía en la vigilancia de un establecimiento penal. Véase, Villanueva, F. «Geografía Penitenciaria: Una cárcel modelo argentina», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Año I Abril 1945, núm. 1, p. 103.

(45) Roberto Pettinato comenzó su actuación en la administración penitenciaria nacional en el año 1933, ocupando un cargo secundario en la Penitenciaría Nacional. Poco después –por sus condiciones personales– fue designado Sub-Alcaide. Entre 1939 y 1944 fue Alcalde del Presidio de Ushuaia (Tierra del Fuego) donde logró mejorar la disciplina de los penados, fomentó el deporte y el trabajo, etc. Para Septiembre de 1944, debido a sus vínculos personales con Juan Domingo Perón (el hombre más poderoso del gobierno militar surgido en Junio de 1943) fue designado Jefe de la División Especial de la Subsecretaría de Informaciones de la Nación. En Diciembre de 1945 fue nombrado Subdirector de la Penitenciaría Nacional y el 28 de Noviembre de 1946, Director. En este establecimiento llevó a cabo importantes trans-

Tras contactarse con las autoridades penitenciarias argentinas, el corresponsal Ricardo G. Gereda, visitó la Penitenciaría Nacional, que en ese entonces albergaba a más de setecientos reclusos (46).

En su recorrido fue acompañado por Pettinato y por el director interino Juan Ángel Muzebich –*quien realizó continuas alabanzas a la Madre Patria*–. Allí, Gereda destacó el alegre colorido de paredes, techos y adornos de las rejas y el confort de las celdas (47). También lo impactó la capilla, que contaba con un moderno sistema de luz fluorescente que «... con sus reflejos indirectos resaltan la magnífica arquitectura de la Casa de Dios» (48).

El visitante se extrañó al no ver reclusos y consultó a Pettinato, quien le indicó que estaban trabajando en los talleres y lo invitó a recorrerlos. Una vez allí, Gereda quedó asombrado al observar las industrias de fundición y mecánica, los numerosos talleres (hojalatería, electrotécnica, sastrería, fotografía, mosaico, reparación de autos, zapatería, litografía, imprenta, etc.), la huerta, la fábrica de fideos y la panadería (donde producían once mil raciones de pan diarias y doscientos mil *roscones* para Navidad) (49).

Además de la calidad de las instalaciones y los talleres industriales, llamó poderosamente la atención del visitante el énfasis puesto en las actividades culturales de los reclusos. La publicación, por los propios internos, del semanario *Mañana* que contaba con una tirada de seis mil ejemplares «... de lindo formato, que recoge las notas más

formaciones (mejoró la faz industrial de la prisión, aplicó modificaciones en el régimen carcelario, construyó un campo de deportes, etc.). El 22 de Enero de 1947 fue designado Director General de Institutos Penales, desde donde implementó novedosas reformas penitenciarias que, en parte, serán analizadas en este trabajo.

(46) Sobre este establecimiento carcelario, véase, GARCÍA BASALO, Juan Carlos, *Historia de la Penitenciaría Nacional, 1869-1880*, Buenos Aires, Editorial Penitenciaria, 1979; CORZO GÓMEZ, José, *La Constitución Nacional y las cárceles (Breve historia de la Penitenciaría Nacional)*, Buenos Aires, s/e, 1985 (agradezco a Jeremías Silva la remisión de este texto) y CAIMARI, Lila, *Apenas un delincuente*, *op. cit.*

(47) Gereda afirmaba que cada celda contaba con una cama, *sencilla, de líneas firmes*, un armario, un ropero empotrado, una mesita de escritorio y un calentador, donde el recluso, en sus ratos de ocio, podía prepararse mate o café ya que estaban permitidos. Véase, «De la Argentina. Buenos Aires. Crónica de corresponsal de la Revista de Estudios Penitenciarios Ricardo G. Gereda sobre la Penitenciaría Nacional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Diciembre 1947, núm. 33, pp. 71-80.

(48) «De la Argentina. Buenos Aires. Crónica de corresponsal de la Revista de Estudios Penitenciarios Ricardo G. Gereda sobre la Penitenciaría Nacional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Diciembre 1947, núm. 33, p. 75.

(49) Pettinato le informó al visitante que los reclusos se despertaban a las cinco y media de la mañana y que luego del aseo y el desayuno, cumplían una jornada de ocho horas de trabajo.

salientes de las actualidades nacionales y extranjeras, disposiciones locales, régimen interior, deportivas...» (50). También, la biblioteca, que contaba con veintiséis mil ejemplares y catorce mil lectores anuales (cuando el penado devolvía un libro, tenía que realizar un resumen de los conocimientos que había asimilado) y la sala cinematográfica (51).

Antes de finalizar el recorrido, Pettinato lo invitó a conocer la cancha de fútbol –que pronto sería iluminada para realizar exhibiciones nocturnas de teatro, conferencias y conciertos para los reclusos–, la *estupenda* pileta de natación, el frontón y el gimnasio.

Una vez afuera de los muros de la Penitenciaría, Gereda elogió la importante labor de Pettinato y afirmó que «... por sus destacados méritos como funcionario de prisiones y por su ejecutoria profesional, esmaltada de repetidos éxitos, ha sido elevado a tan alto puesto por Perón» (52).

En febrero de 1948, Gereda asistió a la inauguración del campo de deportes en la Penitenciaría Nacional (53). Poco después, el 16 de octubre de 1948, fue invitado a la inauguración de la Escuela Penitenciaria que funcionaría en dependencias de la Penitenciaría Nacional. Para el corresponsal español, este acto era de sumo interés «... puesto que allí se desarrolla una doctrina de aplicación universal coincidente en todo con los principios que regulan en la actualidad nuestro sistema penitenciario» (54). En la inauguración (para la cual Eva Perón regaló

(50) «De la Argentina. Buenos Aires. Crónica de corresponsal de la Revista de Estudios Penitenciarios Ricardo G. Gereda sobre la Penitenciaría Nacional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Diciembre 1947, núm. 33, p. 71.

(51) «De la Argentina. Buenos Aires. Crónica de corresponsal de la Revista de Estudios Penitenciarios Ricardo G. Gereda sobre la Penitenciaría Nacional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Diciembre 1947, núm. 33, p. 74.

(52) «De la Argentina. Buenos Aires. Crónica de corresponsal de la Revista de Estudios Penitenciarios Ricardo G. Gereda sobre la Penitenciaría Nacional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Diciembre 1947, núm. 33, p. 80.

(53) Al acto asistieron el Presidente Juan Domingo Perón, su esposa Eva Duarte y altas autoridades gubernamentales. Gereda cuenta que al izarse la bandera argentina «... la población penal aplaudió fervorosamente». Luego hubo discursos de Pettinato (elogiando la labor de Perón para el *mejoramiento moral y material de los reclusos*) y del propio Presidente de la Nación. Al finalizar, el equipo de Boca Juniors hizo una exhibición y luego se enfrentaron dos equipos integrados por penados. Véase, «De la Argentina. Buenos Aires. Crónica sobre la inauguración de campo de deportes en la Penitenciaría Nacional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Febrero 1948, núm. 35, pp. 73-76.

(54) Véase, «Una magnífica Escuela Penitenciaria ha sido inaugurada en la Penitenciaría Nacional Argentina. Hermoso discurso del Director General de Institutos Penales», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Noviembre 1948, núm. 44, pp. 114-118.

un crucifijo), se anunciaron becas para funcionarios de España y algunas repúblicas americanas con el objeto que cursaran estudios en la flamante escuela.

Gereda destacó algunos párrafos del discurso de Roberto Pettinato, en especial, aquellos referidos a la importancia del personal de las prisiones, *factor decisivo en el régimen penitenciario* y a los objetivos de toda técnica penitenciaria (rehabilitación, corrección, cura y elevación moral del recluso).

En su alocución, Pettinato afirmó que la Escuela Penitenciaria «... ha de tratar de formar hombres capaces de acción, fundada en la teoría del conocimiento penitenciario, no teóricos incapaces de secundar con el acto lo que aprendieron con la memoria, hábiles para conquistar el corazón de los hombres ganándoles su voluntad con desinterés y por el camino de la inteligencia que no finquen su obrar en un viejo y caduco humanitarismo carcelario romántico y sentimental, sino en un humanismo completo y consciente, que no traten con el recluso solo por su capacidad de sentimiento, sino por la de su deber, de disciplina científica, de conocimiento eficiente y como consecuencia de ello, por una honda aptitud de comprensión humana» (55).

En junio de 1949, Gereda viajó seiscientos kilómetros para visitar la Colonia Penal de Santa Rosa (provincia de La Pampa) (56). El corresponsal se interiorizó en la historia del establecimiento, la arquitectura (un sistema denominado paralelo), el régimen aplicado a los reclusos –ocho horas de trabajo *all aperto*, instrucción escolar– y la selección previa que realizaba el Instituto de Clasificación (57).

Gereda elogió la marcha del establecimiento, donde no se había producido una sola fuga en nueve años, la higiene de las celdas, la calidad de los alimentos que recibían los penados y afirmó que la experiencia recogida con esta prisión «... ha sido valiosa y contribuyó

(55) Véase, «Una magnífica Escuela Penitenciaria ha sido inaugurada en la Penitenciaría Nacional Argentina. Hermoso discurso del Director General de Institutos Penales», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Noviembre 1948, núm. 44, p. 118.

(56) Unos meses antes había estado en la Ciudad de La Plata, visitando un *club de internados* conformado por penados y «... cuya única finalidad es fomentar preocupaciones intelectuales, deportivas y profesionales». Para ser admitido en dicho club, era obligatorio mantener una conducta ejemplar en el establecimiento carcelario. Gereda también dio cuenta del periódico *Futura Jornada*, editado por los propios reclusos que contaba con cuatro años de vida. Véase, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Diciembre 1948 núm. 45, p. 117.

(57) Véase, «Un establecimiento argentino modelo. La colonia de Santa Rosa La Pampa por el corresponsal Gereda», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año V, Junio 1949, núm. 51, pp. 50-55.

a organizar la Colonia Penal de Fuerte General Roca (Rio Negro) y la Colonia Penal de Rawson próxima a inaugurarse» (58).

Por otra parte, en octubre de 1949, Isidro de Arcenegui, Subsecretario de Justicia de España, visitó la Argentina, invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires para dictar unas conferencias. También se entrevistó en dos ocasiones con el Presidente Juan Domingo Perón y con Roberto Pettinato y conoció las *profundas y beneficiosas* reformas penitenciarias que éste llevaba adelante (Régimen Atenuado de Disciplina, Escuela Penitenciaria, Instituto de Clasificación, etc.).

Asimismo, Arcenegui dio cuenta de las *alabanzas* que recibió de parte de los penitenciaristas argentinos sobre el sistema penitenciario español «al que varios de ellos conocen por haber visitado algunas de nuestras prisiones». Los mayores elogios –afirmó– fueron hacia el sistema de redención de penas por el trabajo, *auténticamente español*, que lograba dos objetivos: el mejoramiento del delincuente y la defensa de la sociedad. (59) A juicio de Arcenegui, en la Argentina ya se estaba poniendo en práctica este sistema «... precisamente, a base de parecidas normas y con las preceptivas de ordenamiento y ejecución que se cumplimenta en España» (60).

En octubre de 1951, el corresponsal Gereda asistió a la creación del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, impulsado por Domingo Mercante –gobernador de la provincia de Buenos Aires– a instancias del proyecto elaborado por Ítalo Luder, Director General de Establecimientos Penales de esa provincia y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Plata (61). En noviembre de 1952, Gereda donó un trofeo (consistente en una copa y once medallas) para que fuese disputado entre equipos de fútbol compuestos por reclusos de la Penitenciaría Nacional y de la Prisión Nacio-

(58) Véase, «Un establecimiento argentino modelo. La colonia de Santa Rosa La Pampa por el corresponsal Gereda», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año V, Junio 1949, núm. 51, p. 55.

(59) Sobre el sistema de redención de penas por el trabajo, Arcenegui apuntaba que «... sin duda alguna es el de mayor efectividad reformadora por ser el que más estimula al recluso para perseverar en la buena conducta, el que disciplina mejor su voluntad con hábitos de laboriosidad, honradez y obediencia». Véase, «Subsecretario de Justicia de España visita la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año V, Octubre 1949 núm. 54, pp. 84-86.

(60) Véase, «Subsecretario de Justicia de España visita la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año V, Octubre 1949 núm. 54, p. 86.

(61) Véase, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Octubre 1951 núm. 79, pp. 21-26.

nal (62). En agosto de 1954, Gereda volvió traspasar los muros de la Penitenciaría Nacional, acompañado por el director Lorenzo Zucino, recorrió las instalaciones y nuevamente se asombró ante el notable funcionamiento de los talleres, la Escuela Penitenciaria, las actividades culturales y la biblioteca. Asimismo, destacó dos cuestiones: la Escuela de Prótesis Dental (que otorgaba títulos oficiales de mecánico dental para los reclusos, de igual validez que los que obtenía la *población libre*) y la elegancia de la Capilla que contaba en el altar con la estatua de «... Nuestra Señora del Carmen, patrona de las prisiones argentinas y del Cuerpo Penitenciario de la Nación» (63).

III.b Lazos intelectuales entre penitenciaristas españoles y argentinos

En este ítem, daremos breve cuenta de algunos intercambios intelectuales producidos entre los penitenciaristas de ambos países. Por ejemplo, en Noviembre de 1947, Juan Carlos García Basalo, Jefe de Despacho de la Dirección General de Institutos Penales de la Argentina, le envió una carta a Gregorio Lasala Navarro, director de la Prisión Provincial de Logroño e historiador penitenciario (64), elogiando a la revista penitenciaria editada en «... esa noble nación tan unida con lazos entrañables y perennes a nuestro país» (65). También le solicitaba una serie de artículos de su autoría y un ejemplar de su libro *Historia de la evolución penitenciaria en España*. García Basalo le indicó que estaba escribiendo una historia penitenciaria argentina y deseaba indagar en «... la legislación y la realidad carcelarias en los dominios españoles de las Indias... tema sugestivo, vinculado con la leyenda negra antiespañola, en franca decadencia ya y en trance de

(62) Véase, «Un rasgo del corresponsal de nuestra revista en Buenos Aires», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VIII, Noviembre 1952, núm. 92, pp. 98-102.

(63) Véase, «La Penitenciaría Nacional Argentina de Las Heras establecimiento modelo (de nuestro corresponsal en Buenos Aires)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año X, Noviembre-Diciembre 1954 núm. 113, 65-69.

(64) Entre otros trabajos, véase, LASALA NAVARRO, Gregorio, «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año XVIII, n.º 159, Octubre-Diciembre 1962, pp. 74-96 y «Los cinco códigos fundamentales del ramo de Prisiones», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año III, n.º 31, Octubre 1947, pp. 24-30.

(65) Véase, «Una carta del Jefe de Despacho de la Dirección General de Institutos Penales de la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Noviembre 1947, núm. 32, p. 134.

muerte» (66). Al parecer, el vínculo entre ambos se vigorizó, puesto que en 1948 un libro de Lasala Navarro sobre la mujer delincuente en España fue editado en la imprenta de la Penitenciaría Nacional (67).

En septiembre de 1948, la REEP, publicó extractos de un informe que le había enviado la *Revista Penal y Penitenciaria* de la Argentina, acerca de la reforma carcelaria que estaba impulsando el gobierno peronista (68). Allí se destacaban algunas medidas (cierre del Presidio de Ushuaia, eliminación del uniforme a rayas y los grilletes, mejoras en la alimentación –y equiparación de la comida recibida por penados y funcionarios–, la promoción del trabajo, el deporte y las actividades culturales de los reclusos, etc.). De esta manera, la cárcel, se argumentaba, operaría como una *escuela de readaptación de hombres*, que fuesen útiles a la sociedad (69).

El artículo concluía apuntando que el hecho más importante era la Reglamentación de la Ley Nacional de Organización Carcelaria. Esta ley promovería el desarrollo progresivo en cuatro grados (observación, reclusión, orientación y prueba); asimismo, motorizaba la asistencia social post-penitenciaria y reorganizaba el funcionamiento de tres grandes organismos penales: la Escuela Penitenciaria, el Instituto de Clasificación y el Instituto de Criminología (70).

Además de penitenciaristas, también destacados juristas españoles se interesaron por la realidad penitenciaria argentina. Por ejemplo, en Mayo de 1950, Domingo Teruel Carralero –Juez de Primera Instancia y asiduo colaborador de la REEP– analizó un proyecto de ley del Senador Julio Herrera (hijo) sobre el régimen de la pena, atendiendo a aspectos como la función directiva de la Dirección General de Institutos Penales, la formación profesional de los funcionarios, la denominación de los establecimientos penales, el régimen de trabajo y la remuneración, la indumentaria, la educación e instrucción, la cuestión

(66) Véase, «Una carta del Jefe de Despacho de la Dirección General de Institutos Penales de la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año III, Noviembre 1947, núm. 32, p. 134.

(67) LASALA NAVARRO, Gregorio, *La mujer delincuente en España y su tratamiento correccional*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Dirección General de Institutos Penales, 1948,

(68) Véase, «La vida penitenciaria en la Argentina. Bajo la presidencia del General Juan Domingo Perón se han realizado profundas y beneficiosas reformas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Septiembre 1948 núm. 42, pp. 91-92.

(69) Véase, «La vida penitenciaria en la Argentina. Bajo la presidencia del General Juan Domingo Perón se han realizado profundas y beneficiosas reformas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Septiembre 1948 núm. 42, pp. 91-92.

(70) Véase, «La vida penitenciaria en la Argentina. Bajo la presidencia del General Juan Domingo Perón se han realizado profundas y beneficiosas reformas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Septiembre 1948 núm. 42, pp. 91-92.

de los menores, enfermos y alienados y los patronatos de liberados (71). Teruel Carralero destacó «... el interés que supone toda reforma en este orden y porque en España no puede ser nada de lo que ocurra en nuestra entrañable Argentina» (72).

Poco después, Teruel Carralero analizó cómo funcionaba el sistema de libertad condicional en nuestro país, utilizando una serie de libros que se habían publicado recientemente (73). Para el magistrado español *nunca está satisfecha la curiosidad peninsular por América*, no solo por cuestiones afectivas, sino también por motivos de conveniencia puesto que «... corriendo paralela la evolución de las instituciones en España y en Hispanoamérica como desarrollo de un fondo cultural con que recibe las mismas influencias aunque en dosis distintas, el parangón de los diversos grados de evolución aquí y allá logrados en las instituciones comunes ha de servirnos de ejemplo y estímulo si allí se avanzó más o de continua revisión de lo realizado si, como es más frecuente, el desarrollo y evolución ha sido más rápido aquí» (74).

No obstante la empatía hacia la Argentina, Teruel Carralero no ahorró críticas sobre el funcionamiento de la libertad condicional, afirmando que su aplicación era muy desigual, según cada provincia. El magistrado concluyó afirmando que «... este sistema en su estado de mejor desarrollo y aplicación es muy parecido al primitivo sistema

(71) Teruel Carralero destacó a Julio Herrera (padre), un distinguido penalista (aunque olvidado por los estudiosos) que –afirmó– se había basado en las ideas de Dorado Montero, Salillas, Cadalso, Arenal y Montesinos. Véase, «La reforma penitenciaria argentina. Una proposición de ley del senador Julio Herrera», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VI, Mayo 1950, núm. 62, pp. 34-41. Sobre Julio Herrera (padre), puede consultarse un trabajo de mi autoría, NÚÑEZ, Jorge «Notas sobre un jurista olvidado: Julio Herrera y su intervención parlamentaria con motivo de la reforma del código penal en la República Argentina (1902-1903)», en *Temas de Historia Argentina y Americana*, n.º 18, pp. 193-211. ISSN: 1666-8146. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=notas-jurista-olvidado-julio-herrera>.

(72) «La reforma penitenciaria argentina. Una proposición de ley del senador Julio Herrera», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VI, Mayo 1950 núm. 62, p. 38.

(73) Los trabajos eran: DAIEN, Samuel, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1947; KLIMPEL DE ALVARADO, Felicitas, *Cárceles de mujeres*, Buenos Aires, s/e, 1949 y HERRERA, Julio, *Redención y prevención: ley orgánica de aplicación de la pena y de amparo social: código del niño*, Buenos Aires, s/e, 1949.

(74) Véase, «El sistema argentino de libertad condicional por Domingo Teruel Carralero», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Diciembre 1951 núm. 81, p. 82

español antes de que la redención de penas por el trabajo, nuestra más brillante y humana realización fuese creada» (75).

En los años 1953 y 1954, la REEP, informó sobre la celebración de los congresos penitenciarios justicialistas. El primero fue celebrado del 14 al 20 de octubre de 1953, en la ciudad de Buenos Aires. Entre los temas abordados, la revista subrayó: a) Aportes del penitenciarismo justicialista a la ley de ejecución de las sanciones penales –consolidación jurídica del pensamiento penitenciario de Perón–; b) Consideración y aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; c) El problema sexual en el ámbito penitenciario y d) El personal en el sistema penitenciario justicialista. La REEP deseaba que «... este congreso se lleve a efecto con el mayor éxito y que sus resultados sean los más satisfactorios para el mejoramiento del régimen penitenciario argentino cuyos adelantos van siendo cada día más importantes y excelentes» (76).

Poco menos de un año después, del 15 al 21 de agosto de 1954, se celebró el Segundo Congreso Penitenciario Justicialista «Eva Perón», en la provincia del Chaco. En esa ocasión, señalaba la REEP, los temas abordados por los especialistas fueron: a) Trabajo penitenciario; b) Reglas mínimas para el tratamiento de los internos y c) Asistencia social penitenciaria y postpenitenciaria. La revista elogió los resultados científicos alcanzados, señalando que «... fue un hecho brillante del penitenciarismo argentino y su organización estuvo a cargo de Pettinato... y bajo [los] auspicios de Perón» (77).

III.c Noticias de la coyuntura argentina: la *batalla* por el aumento de la productividad

A poco de comenzar su segunda presidencia y en el marco de fuertes cambios en la economía mundial, Juan Domingo Perón, señaló a la clase trabajadora (su base de apoyo esencial) la imperiosa necesidad de aumentar la productividad (78). La consigna «producir, producir», afirmó Perón, era el elemento clave para asegurar la independencia económica, la soberanía política y la justicia social. En noviembre de

(75) «El sistema argentino de libertad condicional por Domingo Teruel Carralero», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Diciembre 1951 núm. 81, p. 80.

(76) Véase, «Informe sobre el Congreso Nacional Penitenciario que se realizará en Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IX septiembre 1953 núm. 102, pp. 101-102.

(77) Véase, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año X, Septiembre-Octubre, 1954, núm. 112, p. 568.

(78) Véase, TORRE, Juan Carlos, «Introducción a los años peronistas», en *Nueva Historia Argentina*, Tomo VIII, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999.

1951, el corresponsal español Gereda apuntaba que el trabajo, antes signo de individualismo, se había trocado en función social y que «... este espíritu también llegó a las cárceles... los ecos de la revolución habían superado los paredones almenados de la Penitenciaría y de todos los establecimientos penales de la nación» (79).

Dentro de las prisiones, señaló Gereda, el trabajo cumplía una función *reivindicadora, moralizante y recuperadora de los espíritus desviados* y se produjo un enorme esfuerzo de los penados (guiados por Pettinato) para aumentar la productividad en los talleres.

Así, Gereda visitó la Penitenciaría Nacional, acompañado por Pettinato y los máximos dirigentes de la CGT (Confederación General del Trabajo), para observar los récords de producción alcanzados en los diferentes talleres. Por ejemplo, en la fabricación de fideos, nueve reclusos y un maestro fideero trabajaron por espacio de 247 horas ininterrumpidas y produjeron 40.865 kilos de fideos con lo que excedieron la producción normal de 20.160 kilogramos, a cargo de dieciocho internos y dos maestros (80). En lo que respecta a la fabricación de mosaicos, veinticinco reclusos trabajaron durante treinta días, en jornada de ocho horas y fabricaron 163.845 unidades, equivalentes a 6494 metros cuadrados de mosaicos. Gereda apuntó que «... en una jornada normal fabricaban 28 mosaicos por hora y 230 por jornada, en ese mes fabricaron 48 por hora y 381 en toda la jornada». La misma situación se produjo en el taller de escobas: durante treinta días en jornadas de ocho horas se produjeron 14.304 escobas a un promedio de 477 unidades por día. Así, se superó la producción normal en un 91% (81).

La *batalla por la productividad* también sumó a los funcionarios de prisiones. Informaba Gereda que «... el Agente Ceferino López como una muestra de lo que puede la voluntad y en homenaje a la doctrina justicialista del General Perón y a la obra de bien común que cumple su esposa Eva Duarte, se mantuvo en guardia permanente por espacio de 221 horas, en forma ininterrumpida» (82).

(79) Véase, «Como símbolo de la nueva Argentina hasta los penados han batido en el curso del año records de producción», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Noviembre 1951 núm. 80, pp. 40-45.

(80) Véase, «Como símbolo de la nueva Argentina hasta los penados han batido en el curso del año records de producción», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Noviembre 1951 núm. 80, p. 41.

(81) Véase, «Como símbolo de la nueva Argentina hasta los penados han batido en el curso del año records de producción», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Noviembre 1951 núm. 80, p. 44.

(82) Véase, «Como símbolo de la nueva Argentina hasta los penados han batido en el curso del año records de producción», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Noviembre 1951 núm. 80, p. 41.

Tras finalizar la jornada *productiva*, Gereda informó que «... los reclusos fueron saludados por Perón y Evita y un Edecán del Presidente fue a las prisiones y les otorgaron premios en dinero» (83).

III.d *La Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios* y **Roberto Pettinato: viaje a España y Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario**

En enero de 1948, la REEP, publicó un artículo de Pettinato sobre el Régimen Atenuado de Disciplina, para internos de buena conducta que estuviesen próximos a obtener la libertad condicional (84). Previamente, se dio cuenta de la larga trayectoria del Director General de Institutos Penales (85), afirmándose que su «... actuación está enderezada a lograr por los medios más conducentes la recuperación de los hombres de vida desviada, forjándolos en hombres útiles para la sociedad. La misma traduce la política de justicia social en materia carcelaria, secundando el pensamiento y la acción de Perón, con los que está íntimamente compenetrado» (86).

En junio de 1949, la REEP transcribió una carta que les había enviado Pettinato, en la cual elogiaba el sistema penitenciario español. Allí, argumentó que España «... en el vasto campo de la Ciencia Penal tiene una larga y meritoria tradición [y que] realiza con la aplicación de su nueva doctrina penitenciaria, inspirada directamente por el Jefe del Estado, la más interesante experiencia que ofrece el panorama carcelario del presente» (87).

En la misma misiva, Pettinato celebraba la incorporación en el Código Penal de la institución de la redención de penas por el trabajo, al considerarla un «... hito altamente valioso, de raigambre cristiana y

(83) Véase, «Como símbolo de la nueva Argentina hasta los penados han batido en el curso del año records de producción», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Noviembre 1951 núm. 80, p. 45

(84) Véase, «Temas de Divulgación. De la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Enero 1948, núm. 34, pp. 30-39.

(85) Entre los méritos de Pettinato se destacaba el gran aumento de la productividad en las prisiones (que habían logrado el autoabastecimiento y la comercialización de sus productos en hospitales, sanatorios y asilos), las mejoras para los reclusos y el personal penitenciario. Véase, «Temas de Divulgación. De la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Enero 1948, núm. 34, pp. 30-39.

(86) Véase, «Temas de Divulgación. De la Argentina», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año IV, Enero 1948, núm. 34, p. 32.

(87) Véase, «La opinión del Director General de Institutos Penales de la Argentina sobre el régimen penitenciario de España», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año V, Junio 1949, núm. 51, p. 100.

respetuosa de la esencial dignidad del hombre tantas veces olvidada o subestimada en muchas concepciones teóricas de la ejecución de la pena» (88).

En julio de 1951, Pettinato viajó a España, para visitar los establecimientos carcelarios y entrevistarse con las autoridades del Ministerio de Justicia. Junto a Pettinato viajó García Básalo y ambos recorrieron las cárceles madrileñas (La *Modelo*, Prisión Escuela de Yeserías, Prisión de Mujeres de Ventas y Prisión de Madres Lactantes) y entrevistaron a los funcionarios. En esa ocasión, la REEP señaló que «... no fue una visita protocolaria, puesto que observaron detenidamente cada una de las prisiones... preguntaron y vieron todo sobre trabajo, alimentación, instrucción, educación, médicos y sanitarios, deportes, clasificación, expedientes correccionales, organización económica» (89).

Tras varias jornadas de recorrido por las prisiones, Pettinato elogió el régimen carcelario, en particular, el estado de los establecimientos, la organización de los servicios, los procedimientos educadores de los funcionarios y *su capacidad y cultura penitenciaria*.

La opinión de Pettinato, argumentaba la REEP, es «... de especial calidad por tratarse de un director que ha dirigido durante dieciséis años las prisiones más importantes de su nación y desde que está al frente de la Dirección de los Institutos Penales de la Argentina ha llevado a feliz término reformas con una visión de conjunto de tanta efectividad que bien puede asegurarse que el régimen penitenciario de su país ha sido transformado en un sentido científico y humano, gracias a sus felices iniciativas, reveladoras de repetidos aciertos y de continuados éxitos» (90).

Por otra parte, el artículo daba cuenta del reciente nombramiento de Pettinato en la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria ubicada en Berna, desde donde promovió la inclusión de España por «... estimar que sus valores penales y penitenciarios tienen una tradi-

(88) Esta institución, afirmó, reposaba en la esperanza y en la confianza de reactivar útilmente las reservas morales del recluso por la cultura y por el trabajo. Véase, «La opinión del Director General de Institutos Penales de la Argentina sobre el régimen penitenciario de España», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año V, Junio 1949, núm. 51, p. 100.

(89) Véase, «Don Roberto Pettinato, Director General de los Institutos Penales de la Argentina. A su paso por Madrid visita las prisiones de esta capital», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Julio 1951, núm. 76, pp. 43-53.

(90) Véase, «Don Roberto Pettinato, Director General de los Institutos Penales de la Argentina. A su paso por Madrid visita las prisiones de esta capital», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Julio 1951, núm. 76, p. 50.

ción gloriosa y un mérito indiscutible en muchos de sus aspectos, verdaderamente aleccionadores» (91).

La REEP, interpretando el *sentir* de los Ministros y Directores Generales del Ramo, agradecía el *rasgo de justicia* de Pettinato para incorporar a España en la Comisión Penitenciaria Internacional y «... se complace de que su visita a nuestras prisiones le haya sido muy grata y de venturosa ocasión para comprobar personalmente ese concepto elevado que ya tenía del régimen penitenciario español (92). Finalmente, informaba que el gobierno español le iba a conceder la medalla distinguida de oro, *la más preciada recompensa que tiene el Cuerpo Especial de Prisiones de España*, por sus méritos penitenciarios que «... guarda para España un amor profundo y una admiración entusiasta, considerándola como Madre Excelsa de su querida patria» (93).

En enero de 1952, en la embajada española en Buenos Aires, se realizó un homenaje a Pettinato y se le hizo entrega de la Medalla de

(91) Véase, «Don Roberto Pettinato, Director General de los Institutos Penales de la Argentina. A su paso por Madrid visita las prisiones de esta capital», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Julio 1951, núm. 76, pp. 43-53.

(92) Véase, «Don Roberto Pettinato, Director General de los Institutos Penales de la Argentina. A su paso por Madrid visita las prisiones de esta capital», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Julio 1951, núm. 76, p. 47.

(93) Véase, «Don Roberto Pettinato, Director General de los Institutos Penales de la Argentina. A su paso por Madrid visita las prisiones de esta capital», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Julio 1951, núm. 76, p. 49. La nota finalizaba dando cuenta del extenso currículum de Pettinato, haciendo hincapié en: 1) Viajes de estudio para conocer establecimientos penitenciarios y dictar conferencias –Brasil, Chile, Perú, Estados Unidos, Holanda, Bélgica, Inglaterra, Francia, Suiza, Italia–; 2) Participación en congresos –I Congreso Internacional de Capellanes de Cárceles, XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario en La Haya, donde su moción de régimen de disciplina atenuado fue aprobado, II Congreso Internacional de Criminología en París–; 3) Publicaciones: *Acción penitenciaria*, *Régimen atenuado de disciplina*, *Memoria de la Dirección de Institutos Penales*; 4) Actividad docente: Profesor de Orientación Profesional y Práctica Penitenciaria en la Escuela Penitenciaria de la Nación y finalmente, 5) Condecoraciones: Paraguay le otorgó el grado de oficial de la Orden Nacional de Mérito, Perú lo designó miembro de honor de la Sociedad Peruana de Estudios Penales, Brasil lo nombró miembro de honor del Centro de Estudios Criminológicos de San Pablo, Cuba lo designó miembro de honor de la Sociedad Cubana de Psicología y Criminalística y Holanda lo designó socio correspondiente del Centro de Estudios y Documentación Carcelario holandés. Véase, «Don Roberto Pettinato, Director General de los Institutos Penales de la Argentina. A su paso por Madrid visita las prisiones de esta capital», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VII, Julio 1951, núm. 76, p. 53.

Oro al Mérito Social Penitenciario. (94) Tras la condecoración, Pettinato ofreció un discurso a las autoridades. En primer lugar, agradeció la premiación y elogió a la nación española puesto que tiene «... una resonancia universal, de vigencia permanente y todo lo que ella es y da forma parte de una excelencia que excede de lo político, de lo temporal... máxime si esa distinción está unida al nombre de Isabel la Católica... madre de dos mundos, señora de un imperio de la sangre y la empresa, doncella del desposorio con la aventura hacedora de pueblos como el vuestro» (95). A continuación, apuntó que él simplemente era un *obrero de una Argentina nueva*, que había ejecutado la *lección reivindicadora* de Perón. Todo lo realizado en materia penitenciaria, afirmó, se debía a la labor de Perón y de Evita (96).

Por otra parte, destacó a los grandes penitenciaristas españoles que *vieron la condición humana del hombre y su actitud frente al delito*. Esta tradición, iniciada por Alfonso El Sabio, fue continuada por Domingo de Soto, Alfonso de Castro, Luis Vives, Cerdán de Tallada y más recientemente por Montesinos y Concepción Arenal, hasta llegar a los tiempos actuales (97). El Director General apuntó que estos espíritus *especulativos o dinámicos*, supieron «... conciliar en la doctrina o en la práctica las severas exigencias de la justicia con los postulados de virtudes entrañablemente cristianas como son el amor al prójimo, la comprensión del error humano, la fe en la enmienda,

(94) Según nos informa Téllez Aguilera, esta medalla se otorgaba por la «... realización de servicios de extraordinaria relevancia, creación de entidades colaboradoras en la reinserción y resocialización de los reclusos o por el extraordinario apoyo prestado a la Administración Penitenciaria en el desempeño de las funciones que tiene asignadas, así como por su contribución extraordinaria a la mejora de la actividad penitenciaria en cualquiera de sus manifestaciones». Se realizaba por orden del Ministro de Justicia y se entregaba un máximo de cinco medallas por año. Véase, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Las condecoraciones penitenciarias», en *Revista de Estudios Penitenciarios. Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Extra 2006, p. 240.

(95) Véase, «De nuestro corresponsal en la Argentina. Gobierno español, el embajador Emilio Navasques, impone a Roberto Pettinato la medalla de oro al Mérito Social Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VIII, Enero 1952 núm. 82, pp. 114-118.

(96) Véase, «De nuestro corresponsal en la Argentina. Gobierno español, el embajador Emilio Navasques, impone a Roberto Pettinato la medalla de oro al Mérito Social Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VIII, Enero 1952 núm. 82, p. 115.

(97) Véase, «De nuestro corresponsal en la Argentina. Gobierno español, el embajador Emilio Navasques, impone a Roberto Pettinato la medalla de oro al Mérito Social Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VIII, Enero 1952 núm. 82, p. 116.

la conmiseración ante la psicología herida por el avatar de las pasiones» (98).

Antes de concluir, Pettinato remarcó fuertemente la continuidad de miras entre España y la Argentina en el tratamiento de los reclusos para obtener su dignidad y su reinserción social. Por lo que afirmó que «... cuando como en la España de Franco y la Argentina de Perón la meta final es aun el hombre y su corazón de animal enfermo por la adversidad del tiempo, cuando la civilización y la monstruosidad técnica no han segado aún la capacidad de amor por el hombre como aquí y allá, es recién entonces cuando se puede creer en un destino humano decoroso» (99).

En febrero de 1955, la REEP, informaba sobre los trabajos que se estaban realizando en Ecuador para construir una Penitenciaría Modelo, que sería la más grande de Sudamérica. Para ello, el gobierno había solicitado el asesoramiento de penitenciaristas *de uno y otro continente*. Pettinato asesoró activamente en la elaboración del proyecto y en los planos del establecimiento. A posteriori, colaboró también el Cuerpo de Ingenieros y Arquitectos de la Dirección Nacional de Penitenciarías de la Argentina.

Asimismo, se firmó un acuerdo para que alumnos universitarios ecuatorianos asistieran a la Escuela de Estudios Penitenciarios de la Argentina. El objetivo era doble: por un lado, preparar personal técnico y administrativo que se encargaría de la futura penitenciaría modelo, por el otro, «... hacer de este personal el primer grupo de especializados que dicte pautas a la futura escuela que se funde» (100).

En el acto de inauguración de la construcción, informaba la REEP, se colocaron placas conmemorativas (una dedicada a Perón) y se entregaron medallas de oro al «... Presidente de Ecuador José María

(98) Pettinato argumentó que las enseñanzas de Alfonso El Sabio influyeron en la sanción del artículo 18 de la Constitución Argentina que señala que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas. También, en el discurso, subrayó la influencia de Luis Vives en la eliminación de los tormentos por parte de la Asamblea del año 1813. Véase, «De nuestro corresponsal en la Argentina. Gobierno español, el embajador Emilio Navasques, impone a Roberto Pettinato la medalla de oro al Mérito Social Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VIII, Enero 1952 núm. 82, p. 117.

(99) Véase, «De nuestro corresponsal en la Argentina. Gobierno español, el embajador Emilio Navasques, impone a Roberto Pettinato la medalla de oro al Mérito Social Penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año VIII, Enero 1952 núm. 82, p. 118.

(100) Véase, «Penitenciaría del Litoral. Ecuador. Por el corresponsal», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XI, 1955, febrero 1955, núm. 114, p. 130.

Velasco Ibarra, al Ministro de Gobierno Camilo Ponce Enriquez y a Roberto Pettinato» (101).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS TRAS EL DERROCAMIENTO DEL PERONISMO: LA REIVINDICACIÓN DE LA FIGURA DE PETTINATO

En septiembre de 1955, en un contexto político muy complejo (bombardeos de la Marina a población civil, quema de iglesias y locales partidarios por parte de peronistas como respuesta a ese atentado, etc.), el gobierno de Juan Domingo Perón llegó a su fin, de manera abrupta, tras el triunfo del golpe militar autodenominado *Revolución Libertadora*.

Perón se refugió en la embajada de Paraguay, iniciando un largo exilio que durará más de diecisiete años. Misma suerte corrieron los principales dirigentes peronistas, entre ellos, Roberto Pettinato. (102)

Como indicamos, los vínculos penitenciarios entre España y Argentina descendieron notablemente luego del derrocamiento de Perón y el cese de funciones (y exilio) de Pettinato. Se terminaron los elogios mutuos, las premiaciones, las visitas a las prisiones argentinas y españolas, se retiraron los corresponsales de Buenos Aires y el intercambio de publicaciones. Solo pervivieron contribuciones aisladas de García Basalo sobre temas penitenciarios de índole general.

Sin embargo, la REEP siguió recordando la figura de Pettinato y otorgándole cabida en sus páginas. Por ejemplo, en Febrero de 1958, Alberto de Rody, en un artículo sobre la reforma penitenciaria en Argentina, reivindicó al Ex Director General recordando que había cerrado el Presidio de Ushuaia (que la *Revolución Libertadora* volvió a abrir para enviar a miles de presos políticos peronistas) y que había creado la Escuela Penitenciaria para formar a los jóvenes funcionarios (103).

Unos meses después, en la REEP, se informaba de un acto en conmemoración de Concepción Arenal que había sido llevado a cabo en

(101) Véase, «Penitenciaría del Litoral. Ecuador. Por el corresponsal», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XI, 1955, febrero 1955, núm. 114, p. 130.

(102) El derrotero de Pettinato luego del derrocamiento del peronismo ha sido reconstruido sólo de manera muy fragmentaria y es un trabajo que está pendiente.

(103) Véase, «Movimiento actual sobre la reforma penitenciaria en la República Argentina por Alberto de Rody», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XIV, Enero-Febrero 1958, núm. 132, pp 101-104.

la Penitenciaría del Litoral (Ecuador). El homenaje, afirmaban, había sido organizado por Pettinato, asesor técnico de dicho establecimiento (104).

Finalmente, a comienzos del año 1960, la REEP, publicó una contribución de Pettinato sobre la seguridad social en las cárceles. Si bien había pasado un quinquenio del derrocamiento de Perón, Pettinato continuaba firmando como «Ex Director General de Prisiones de la Argentina» (105).

Hemos llegado al final de este trabajo. Esperamos que, en sintonía con la línea de investigación que estamos desarrollando, presentada al inicio, contribuya a un conocimiento más acabado de Roberto Pettinato, una de las figuras de mayor importancia en la reforma penitenciaria argentina del siglo xx.

(104) Véase, «Ecos del extranjero: conmemoración del LXV aniversario de la muerte de Concepción Arenal en la Penitenciaría Nacional de Quito Ecuador», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XIV, Marzo-Abril 1958, núm. 133, pp. 329-334. En una visita a la Biblioteca Nacional de España hemos ubicado en el índice una nota titulada «El Ecuador tiene una penitenciaría moderna», pero la página se encuentra cortada, por lo que no se accedió a su contenido. Véase, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XIV, Noviembre-Diciembre 1958 núm. 137, p. 943.

(105) Véase, «La seguridad social en los establecimientos e institutos penitenciarios por el Profesor Roberto Pettinato», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XVI Enero-Febrero 1960 núm. 144, pp. 1833-1850.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho
Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad ante la Ley

«El juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la resolución judicial impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria (por todas STC 140/2003, de 14 de julio, FJ 4). Por ello, es preciso que los supuestos que constituyen el término de comparación sean esencialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí puede efectivamente pretenderse que la solución dada para uno sea igual a la del otro (por todas, SSTC 102/1999, de 31 de mayo, FJ 3, y 133/2002, de 3 de junio, FJ 6). Corresponde al recurrente la carga de aportar, como término de comparación válido, los precedentes de los que la resolución impugnada se habría apartado, poniendo así a disposición de este Tribunal los elementos de juicio necesarios para poder valorar si un mismo órgano judicial en supuestos sustancialmente idénticos ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada (SSTC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 3, y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 21, por citar las más recientes).»

(STC 261/2015, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1786-2013. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 22-1-2016).

Principio de igualdad

«En términos de la STC 156/2014, de 25 de septiembre: “Como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador ‘configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la

misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria'. Dicho de otra manera, solo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar 'elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable' (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4), razón por la cual toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en 'una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos' (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2)" (FJ 4).»

(STC 155/2016, de 22 de septiembre de 2016. Cuestión de inconstitucionalidad 1511-2015. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. BOE 31-10-2016).

ARTÍCULO 17

Abono del tiempo transcurrido en prisión preventiva. Norma aplicable en el tiempo. Aplicación retroactiva de la Ley

«Este Tribunal se ha pronunciado, desde la inicial STC 57/2008, de 28 de abril, sobre diversos aspectos derivados de las exigencias que la Constitución impone en la aplicación del art. 58.1 CP en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en las SSTC 92/2012, de 7 de mayo; 158/2012, de 17 de septiembre; 193/2012, de 29 de octubre; 229/2012, de 10 de diciembre; 148/2013, de 9 de septiembre; 168/2013, de 7 de octubre; 35/2014, de 27 de febrero; 61/2014, de 5 de mayo, y 81/2014, de 28 de mayo. Dicho precepto regula el abono, para el cumplimiento de la pena, del tiempo de prisión preventiva a la que se ha estado cautelarmente sometido.

Así, en la STC 57/2008 declaramos constitucionalmente ilegítima la exclusión para el cumplimiento de la pena del tiempo pasado en prisión provisional por el mero hecho de ser coincidente con la condición de penado en otra causa. Afirmamos en dicha Sentencia que "si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo" y se añadía "el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste". De este modo, a los "internos mixtos", expresión referida a los internos en centro penitenciarios en cuanto simultanean la condición de preso preventivo y penado en causas penales diferentes, por aplicación de la doctrina emanada de dicha Sentencia, se les descontaba el tiempo de privación de libertad cautelarmente sufrido de la pena impuesta en otra causa.

En esta situación se aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que reformó el art. 58.1 CP con el fin de excluir expresamente el efecto citado ("el doble cómputo") y explicó su preámbulo la razón del cambio en los siguientes términos:

“Para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del art. 58 para dejar claro que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que esté cumpliendo” (apartado VI).

De este modo, el art. único, apartado decimoséptimo, modificó el apartado 1 del art. 58 CP, que quedó redactado como sigue: “1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

Publicada la Ley Orgánica 5/2010 en el “Boletín Oficial del Estado” de 23 de junio de 2010, de acuerdo con la disposición final séptima de dicha Ley Orgánica, su entrada en vigor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010.

Las disposiciones transitorias guardan silencio sobre la aplicación temporal de la nueva norma. Concretamente, la disposición transitoria primera, bajo la rúbrica “legislación aplicable”, se refiere exclusivamente a la “legislación penal” para juzgar “los delitos y faltas”; la segunda a la revisión de las sentencias; y la tercera a las causas pendientes de recurso al tiempo de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica.

(.../...)

En relación con la ejecución de las penas privativas de libertad, este Tribunal tiene declarado que “no es excluible una lesión del art. 17.1 CE, si no se procede tal y como ordena el Código penal y la Ley de enjuiciamiento criminal”, pues el derecho reconocido en el art. 17.1 CE permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la Ley. De modo que “no ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el art. 17.1 CE la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal y del Código penal respecto al cumplimiento de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto supongan un alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad” (SSTC 130/1996, de 9 de julio, FJ 2; 57/2008, de 28 de abril, FJ 2, y 92/2012, de 7 de mayo, FJ 4).

Lógicamente, la lesión también puede producirse cuando, como aquí sucede, la controversia se plantea en sede de la primaria operación de selección de la ley aplicable, conforme al art. 17.1 CE, ante una sucesión temporal de normas en el tiempo. La selección de la ley aplicable, de entre varias posibles, no es sino un precedente indispensable de la aplicación propiamente dicha, de manera que en la medida en dicha elección pudiera influir, en definitiva, sobre el tiempo de efectiva privación de libertad del condenado, afectaría al contenido reconocido del derecho fundamental del que venimos tratando.

Para resolver estas cuestiones, recordamos que es doctrina constitucional reiterada que la selección, interpretación y aplicación de las normas procesales y penales corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el art. 117.3 CE, no siendo función de este Tribunal Constitucional examinar la interpretación de la legalidad hecha por los órganos judiciales, salvo que, por manifiestamente arbitraria, claramente errónea o por no satisfacer las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción de todo derecho fundamental, implique por sí misma lesiones específicas de las garantías sustanciales del procedimiento constitucionalizadas en el art. 24 CE (desde las SSTC 132/1992, de

28 de septiembre, FJ 2, y 236/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; hasta las posteriores 112/2007, de 10 de mayo, FJ 5, y 43/2009, de 12 de febrero).

En particular, sobre la selección de la norma legal aplicable en el tiempo, este Tribunal ha venido sosteniendo que aun tratándose de una función atribuida a la jurisdicción ordinaria *ex art.* 117 CE (SSTC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3; 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6), la misma puede resultar objeto de control desde la perspectiva de la lesión del derecho a una resolución fundada (tutela judicial efectiva), si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 233/1991, FJ 4; 55/1993, FJ 5, y 245/1993, FJ 5, entre otras muchas), pero también, por resultar afectado un derecho fundamental sustantivo como el derecho a la libertad personal consagrado por el art. 17.1 CE, si la selección comporta, ante la existencia de una duda razonable, la elección de la norma más favorable a la libertad del recurrente (SSTC 117/1987, de 29 de julio, FJ 2, y 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3).

También la STC 57/2008, de 28 de abril, FJ 2, estableció que no nos corresponde corregir o revisar desde la perspectiva de la legalidad ordinaria la liquidación de condena del recurrente aprobada por la Audiencia Provincial, pues también esta cuestión compete en exclusiva a los órganos judiciales. La función de este Tribunal ha de limitarse, por tanto, a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad, en coherencia con la doctrina constitucional (por todas, SSTC 108/1997, de 2 de junio, FJ 2; 31/1999, de 8 de marzo, FFJJ 3 y 6, y 19/1999, de 22 de enero, FJ 4), partiendo de los siguientes postulados:

a) En materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos (STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3, *favor libertatis* que exige que la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2), esto es, presupone la existencia de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3, y 35/2014, de 27 de febrero, FJ 5).

b) A propósito de la controvertida cuestión suscitada por la sucesión de normas sobre prisión provisional las SSTC 32/1987, de 12 de marzo, y 117/1987, de 29 de julio, han establecido criterios esenciales, de directa incidencia en la cuestión examinada. Así en la primera de estas Sentencias, tras precisar que “la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculpado en una causa penal», destacábamos la analogía de tal medida de prisión provisional con la que es producto de la sanción penal, de la que es expresión, precisamente, el abono de la prisión preventiva para el cumplimiento de la pena y recordábamos en un supuesto como el presente en el que, habiéndose planteado un problema de sucesión de leyes en el tiempo y careciendo la *lex posterior* de todo precepto transitorio que determinara su propia eficacia normativa en lo tocante a las situaciones de prisión provisional acordadas con anterioridad, que los órganos judiciales, ante la duda razonable que esa circunstancia debía por fuerza suscitar acerca del alcance temporal *pro praeterito* o *pro futuro* que había de darse a una y a otra de las dos leyes en conflicto, debieron elegir y aplicar sin duda la menos restrictiva de la situación excepcional de prisión provisional o, lo que es igual, la más favorable a la libertad del recurrente en amparo (STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 2). En la segunda de las citadas Sentencias, concluíamos que “ante la duda suscitada por un conflicto temporal de leyes sucesivas, reguladoras de las situaciones de prisión provisional, los órganos judiciales habrán de aplicar el principio *in dubio pro libertate*” (STC 117/1987, de 29 de julio, FJ 2).

c) Hemos de reparar, finalmente, en una perspectiva que, en lo que ahora nos concierne, se integra en el canon constitucional para el enjuiciamiento de la operación de selección de la norma aplicable en el tiempo, y que es la relativa a la previsibilidad de aplicación de la norma que incide en la libertad, exigencia que encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y que ha destacado este Tribunal respecto de las medidas limitativas de derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6) y, particularmente, respecto de la prisión provisional (STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, en relación con el tope temporal máximo de la prisión provisional), así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación, precisamente, con la garantía de libertad personal consagrada en el art. 5.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En este punto, la STEDH (Gran Sala) de 21 de octubre de 2013 (caso del *Río Prada c. España*), sostuvo que “la ‘calidad de la ley’ implica que, si una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad (véase *Amuur v. Francia*, 25 de junio de 1996, apartado 50, Repertorios 1996-III). El criterio de ‘legalidad’ establecido por el Convenio exige que toda ley debe ser suficientemente precisa para permitir a las personas –si procede, con el pertinente asesoramiento– prever, hasta un punto razonable en las circunstancias de cada caso, las consecuencias que pueden derivarse de un acto determinado (véase *Baranowski v. Polonia*, núm. 28358/95, apartado 52, TEDH 2000-III; *M. v. Alemania*, antes citada, apartado 90; y *Oshurko v. Ucrania*, núm. 33108/05, apartado 98, 8 de septiembre de 2011). Cuando se trata de la privación de libertad, es primordial que la ley nacional defina claramente las condiciones de la misma (véase *Creangă v. Rumanía* [GS], núm. 29226/03, apartado 120, 23 de febrero de 2012)” (apartado 125) y concluía “el cumplimiento del requisito de previsibilidad debe ser evaluado en relación con la ‘ley’ en vigor a la fecha de dictarse la condena y durante el posterior período de privación de libertad... el Tribunal resuelve que en el momento en que la demandante fue sentenciada, cuando realizaba trabajos penitenciarios y cuando le fue notificada la decisión de aunar las condenas y fijar un período máximo de privación de libertad, ella no pudo haber previsto, razonablemente, que el método utilizado para aplicar la reducción de condenas por trabajo sufriría una alteración como consecuencia del cambio de jurisprudencia” (apartado 130).»

(STC 261/2015, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1786-2013. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 22-1-2016).

«La problemática suscitada en el presente recurso de amparo ya ha sido dirimida en la STC 261/2015, de 14 de diciembre, cuya doctrina también recoge la reciente STC 48/2016, de 14 de marzo. En la referida STC 261/2015, FJ 7, reconocimos la posibilidad de aplicar el doble cómputo en los términos expuestos en la STC 57/2008, incluso cuando hubiera recaído Sentencia con posterioridad a la modificación del art. 58.1 del Código penal, operada por la Ley Orgánica 5/2010, eso sí, con el límite de la fecha de entrada en vigor de esta última norma. Por ello, en el indicado fundamento desautorizamos la interpretación seguida por los órganos judiciales, al no ser compatible con derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE: “[l]as consideraciones anteriores sobre la naturaleza del presupuesto de hecho de la norma legal, conducen a sentar que el cómputo del doble abono se genera momento a momento –por días completos en nuestra práctica penal y penitenciaria–, a medida que la situación se hubiera prolongado en el tiempo. Debe tenerse en cuenta que durante gran parte de este período en que el demandante simultaneó la condición de preso preventivo y penado, la reforma legal no había entrado en vigor. Durante esa

fase o tramo, anterior a la entrada en vigor de dicha modificación, podía albergar el demandante la razonable expectativa, fundada en la vigencia de una norma legal y de una doctrina interpretativa de este Tribunal, de que el tiempo ‘pasado’ en prisión provisional le sería abonado para el cumplimiento de la pena, expectativa que sólo se desvaneció en el momento en que entró en vigor la modificación normativa. Es decir, hasta ese momento pudo el interesado prever de modo razonable, utilizando las palabras empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la situación de prisión preventiva que estaba sufriendo le sería abonada.

La modificación legislativa no supone desconocer los beneficios del doble abono ya generados –‘adquiridos’, según la expresión contenida en la STC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 6, en relación con los beneficios de redención de penas por el trabajo–, ni implica tampoco la aplicación de la norma derogada hacia el futuro, en que el que el precepto ya no se encuentra vigente; y no merma unas expectativas que habrían desaparecido. Este entendimiento acorde con el espíritu de la norma, excluye la ‘ultractividad’ a que se refiere la resolución judicial inmediatamente impugnada, y se ajusta a las exigencias de previsibilidad, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y al principio *favor libertatis*.

La consecuencia de cuanto llevamos expuesto es que las resoluciones impugnadas han optado, en el supuesto examinado, por una interpretación que no cumple con los parámetros constitucionales de razonabilidad, previsibilidad y *favor libertatis*, lo que nos lleva al otorgamiento del amparo por haber vulnerado el derecho del recurrente a la libertad personal (art. 17.1 CE)».

(STC 137/2016, de 18 de julio. Recurso de amparo 4120-2015. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. BOE 15-8-2016. En el mismo sentido, STC 48/2016, de 14 de marzo. BOE 22-4-2016).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción

«En el ámbito de la incongruencia omisiva, que se produce cuando “una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste” (SSTC 155/2012, de 16 de julio, FJ 2, y 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; por todas). Se refiere, más bien, al derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la cuestión objeto de debate (derecho de acceso a la jurisdicción), integrado también en el art. 24.1 CE. En relación con esta concreta vertiente del derecho fundamental, la doctrina de este Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante que el derecho a la tutela judicial efectiva, “que incluye el derecho a obtener una resolución judicial de fondo cuando no existen obstáculos legales para ello” (STC 107/1993, de 22 de marzo, FJ 2), puede satisfacerse igualmente con “una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia” (STC 158/2000, de 12 de junio, FJ 5. En igual sentido, SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 33/2002, de 11 de febrero de 2002, FJ 5, y 111/2009, de 11 de mayo, FJ 2).»

(STC 49/2016, de 14 de marzo. Recurso de amparo 878-2014. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 22-4-2016).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al recurso

«Con relación a la queja formulada en la demanda, esto es, la relativa a la vulneración del derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE), hemos de empezar recordando que, conforme a consolidada doctrina constitucional, el citado derecho no nace directamente de la Constitución sino que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE en la configuración que reciba de las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso, siendo incluso posible que no existan, salvo en materia penal (por todas, SSTC 105/2006, de 3 de abril, FJ 3; 149/2015, de 6 de julio, FJ 3). Por tal razón, este Tribunal ha venido reiterando que la interpretación y aplicación de las normas procesales que contemplan los requisitos para la admisión de los recursos son materias de legalidad ordinaria, propias de los Tribunales de Justicia (art. 117.3 CE), de modo que el control de las resoluciones judiciales de inadmisión de los recursos por parte de la jurisdicción constitucional “es meramente externo” y debe limitarse a comprobar si, además de tener motivación, “han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas” y “sin que el control que nos corresponde realizar... pueda extenderse al juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione*, característico del derecho de acceso a la jurisdicción” (por todas, SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 42/2009, de 9 de febrero, FJ 2; 65/2011, de 16 de mayo, FJ 3, y 142/2015, de 22 de junio, FJ 3).»

(STC 173/2016, de 17 de octubre. Recurso de amparo 3143-2013. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. BOE 25-11-2016)

«La jurisprudencia constitucional ha afirmado en relación con la interpretación y aplicación de los requisitos procesales para acceder al sistema de recursos legalmente establecidos que la decisión sobre el cumplimiento de estos requisitos y la comprobación en cada caso de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión o inadmisión del recurso es competencia jurisdiccional atribuida, exclusivamente, a los órganos judiciales por el art. 117.3 de la Constitución, por lo que el control constitucional que el Tribunal debe realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente o mediante un “juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente”, en cuyos supuestos se produce la vulneración del derecho (así, SSTC 55/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 42/2009, de 9 de febrero, FJ 3).

Igualmente, constituye doctrina reiterada de este Tribunal (a partir de las SSTC 116/1986, de 8 de octubre, FJ 3, y 187/1989, de 13 de noviembre, FJ 2), la de reconocer también como modalidad de vulneración del derecho al recurso (art. 24.1 CE), no solamente su inadmisión indebida sino también el acordar su admisión cuando la misma no resultaba procedente. Razones fundadas en el principio de legalidad procesal (por ejemplo, STC 293/1994, de 27 de octubre, FJ 2), o en la bilateralidad del proceso (STC 118/2006, de 24 de abril, FJ 2) determinan, en palabras de la STC 285/2006, de 9 de octubre, FJ 5, “que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva para ello, puesto que, si ignorara esta prohibición legal, estaría excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judi-

cial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva (SSTC 116/1986, de 8 de octubre, FJ 3, y 187/1989, de 13 de noviembre, FJ 2)”. Más recientemente, STC 149/2015, de 6 de julio, FJ 3.»

(STC 172/2016, de 17 de octubre. Recurso de amparo 299-2013. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 25-11-2016)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Contradicción entre partes

«Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones (por todas, STC 65/2007, de 27 de marzo, citada por la demandante) que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión encuentra una de sus manifestaciones en el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes en todo proceso judicial (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional “un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses” (STC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, con remisión a otras anteriores). Corresponde así a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé esa necesaria contradicción con idénticas posibilidades de alegación y prueba; en definitiva, con efectivo ejercicio del derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del proceso (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 2).

En relación con los procedimientos *inaudita parte*, expuso este Tribunal en la STC 181/2011, de 21 de noviembre, FJ 2, por remisión a las SSTC 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7, y 62/2009, de 9 de marzo, FJ 4, que para que la indefensión alcance en estos casos la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado gravemente en el proceso el derecho de las partes a alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional. No basta con una vulneración meramente formal: “es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 3, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7)».

(STC 266/2015, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5290-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 22-1-2016).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Apartamiento de lo establecido en otro órgano jurisdiccional

«Por lo que se refiere al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, que es lo concretamente planteado por el recurrente y a lo que se debe limitar el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando desde antiguo que “si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española” (STC 158/1985, de

26 de noviembre, FJ 4). En desarrollo de esa idea, la STC 158/1985, remitiéndose a la STC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5, establecía que a “los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios” (STC 158/1985, FJ 4).

No obstante, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que no se producirá una vulneración del art. 24.1 CE cuando “las dos jurisdicciones implicadas hayan abordado bajo ópticas distintas la cuestión debatida, como podría ser si la contencioso-administrativa se hubiese limitado a declarar la improcedencia de la sanción impuesta en vía administrativa y la laboral a estimar la pertinencia del pago de un recargo en materia de prestaciones derivadas de accidente de trabajo”, en tanto que “las normas aplicadas por uno y otro órganos judiciales no son las mismas” (STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 2), o cuando una Sentencia de la jurisdicción laboral que había considerado procedente un despido motivado por supuesta apropiación indebida y luego se dictó el Auto de sobreseimiento provisional que con referencia a los mismos hechos dictó, pues el Juez penal no niega lo tenido por probado por el Magistrado de Trabajo (STC 62/1984, de 21 de mayo).

En conclusión, si bien la jurisdicción constitucional ha establecido que tiene un fundamento constitucional en el art. 24.1 CE que órganos jurisdiccionales diversos deban ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando hayan de decidir sobre una relación o situación respecto de la cual exista una estrecha conexión; no obstante, por las peculiaridades propias de cada orden jurisdiccional resulta posible admitir eventuales contradicciones en aquellos caso en que el análisis jurídico se aborde desde perspectivas jurídicas diversas y siempre que, además, exista una motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada o que motive las razones del apartamiento de lo establecido en otro orden jurisdiccional.»

(STC 172/2016, de 17 de octubre. Recurso de amparo 299-2013. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 25-11-2016).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos

«El Tribunal ha sentado una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias constitucionales relativas a las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes mediante numerosas resoluciones (así, SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero; 52/2008, de 14 de abril; 63/2008, de 26 de mayo; 69/2008, de 23 de junio; 107/2008, de 22 de septiembre; 123/2008, de 20 de octubre; 40/2010, de 19 de julio; 63/2010, de 18 de octubre; 131/2012, de 18 de junio; 182/2012, de 17 de octubre; 12/2013, de 28 de enero, y 153/2013, de 9 de septiembre).

Esta jurisprudencia constitucional afirma que el correcto encuadramiento de las quejas referidas a este tipo de decisiones judiciales afecta al derecho a la tutela judi-

cial efectiva (art. 24.1 CE), pero que su relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), conlleva que la suficiencia de la indagación judicial dependa no solo de que las decisiones de sobreseimiento y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean acordes con la prohibición absoluta de aquellas conductas (así, por ejemplo, SSTC 69/2008, FJ 2; 63/2010, FJ 2, o 131/2012, FJ 2). A esos efectos, en las SSTC 12/2013, FJ 2, y 153/2013, FJ 3, se recuerda que el art. 12 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, que entró en vigor en España el 20 de noviembre de 1987, establece que “[t]odo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. Igualmente, dichos pronunciamientos hacen una extensa referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular, de acuerdo con la cual cuando una persona afirma de forma creíble o de forma defendible haber sufrido por parte de la policía u otros servicios del Estado tratos contrarios al art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), resulta necesario que se realice una investigación oficial eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes, ya que el art. 3 CEDH tiene una doble vertiente sustantiva y procesal, y puede producirse una violación de esta última cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada (así, por ejemplo, solo por citar las resoluciones relativas a España, SSTEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*; de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*; de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*; o de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Eiguren c. España*).

La jurisprudencia constitucional en la materia también ha insistido en que existe un especial mandato de desarrollar una exhaustiva investigación agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, habida cuenta de que es necesario acentuar las garantías en los supuestos en que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. A esos efectos, las citadas SSTC 12/2013, FJ 3, y 153/2013, FJ 4, ponen de manifiesto que hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos; y que así como los maltratos físicos suelen dejar un rastro perceptible por el menoscabo corporal en el que consisten, cuando se denuncia un maltrato psicológico u otros tipo de conductas que no supongan ese menoscabo las secuelas reveladoras del mismo son de más difícil apreciación, por lo que resulta necesario atender al panorama indiciario que puede derivarse de una pluralidad de fuentes como son, al margen de la propia declaración del denunciante, los reconocimientos médicos que se realizan a todo detenido, las manifestaciones efectuadas en cuanto el detenido pasa a disposición judicial y se le recibe la primera declaración por el Juez, así como la de otros intervinientes que hubieran entrado en contacto con el detenido como el profesional del turno de oficio que debe prestar la asistencia letrada obligatoria.

En relación con esta doctrina, es preciso poner de manifiesto que las recientes SSTEDH de 7 de octubre de 2014, *Ataun Rojo c. España*; de 7 de octubre de 2014, asunto *Etxebarria Caballero c. España*; de 5 de mayo de 2015, asunto *Arratibel Garciandia c. España*; y de 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez c. España*, han

incidido en que cuando las denuncias por tortura se produzcan en el marco de situaciones de detención incomunicada a que habilita la legislación procesal penal española es exigible un mayor rigor en la investigación judicial. En tales casos resulta necesario, para dar un exacto cumplimiento al deber de investigación eficaz establecido en el art. 3 CEDH, que el órgano judicial de instrucción oiga a los agentes a cargo de la vigilancia del denunciante durante su periodo de detención incomunicada. En efecto, en la STEDH de 7 de octubre de 2014, asunto *Etxebarria Caballero c. España*, se afirma que “en el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que la demandante fue puesta en detención preventiva incomunicada durante cinco días, en los que no ha podido informar de su detención a ninguna persona de su elección, ni comunicarle el lugar de detención y no la pudo asistir ningún abogado libremente elegido por ella, ni entrevistarse en privado con el abogado que le había sido asignado de oficio” (§ 44). En relación con ello, esta Sentencia establece que “una investigación efectiva se impone sin embargo con mayor rigor, máxime cuando, como en el presente caso, la demandante se encontraba, en el período de tiempo en que se habrían producido los alegados malos tratos, en una situación de aislamiento y de total ausencia de comunicación con el exterior, un tal contexto exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades internas, para determinar los hechos denunciados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos opina que la práctica de los medios de prueba adicionales sugeridos por la demandante, y muy particularmente el consistente en interrogar a los agentes a cargo de su vigilancia durante su detención preventiva, hubieran podido contribuir al esclarecimiento de los hechos, tal como lo exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 34 anterior)” (§ 47). También se recuerda que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste, además, sobre la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes (CPT) para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a un régimen de detención incomunicada (apartado 28 y siguientes anteriores y Otamendi, anteriormente citado § 41). Estima que la situación de particular vulnerabilidad de las personas detenidas en régimen de incomunicación exige que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea medidas de vigilancia adecuadas y que éstas se apliquen de forma rigurosa con el fin de evitar los abusos y de proteger la integridad física de los detenidos (apartado 30 anterior). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos suscribe las recomendaciones del CPT, que hizo suyas el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe del 9 de octubre de 2013 (apartado 32 anterior) así como las observaciones del tercero interviniente (apartado 42 anterior) en lo que atañe tanto a las garantías a asegurar en este supuesto, como al principio mismo de la posibilidad de detención de una persona en régimen de incomunicación en España” (§ 48). Estos mismos pronunciamientos aparecen de forma paralela en la STEDH de 7 de octubre de 2014, asunto *Ataun Rojo c. España*, en los §§ 35, 37 y 38, en la STEDH de 5 de mayo de 2015, asunto *Arratibel Garciandia c. España*, §§ 36, 39 y 40; y en la STEDH de 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez c. España*, §§ 38, 45 y 46.»

(STC 130/2016, de 18 de julio. Recurso de amparo 624-2013. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 15-8-2016).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales

«Como hemos recordado en la STC 64/2010 de 18 de octubre, FJ 3, “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido dere-

cho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas). Asimismo, hemos venido afirmando que son los órganos judiciales los únicos competentes, *ex art.* 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria, si bien también hemos advertido que sus decisiones pueden ser objeto de revisión en vía de amparo si resultan inmotivadas o manifiestamente irrazonables o arbitrarias, pues, en tal caso, vulnerarían el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE» (STC 138/2014, de 7 de octubre, FJ 2).

Y, en lo atinente a la valoración del caudal probatorio, es doctrina constitucional que a este Tribunal “no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que el art. 117.3 CE atribuye dicha tarea a los Jueces y Tribunales ordinarios. A la jurisdicción constitucional corresponde únicamente, a los efectos que ahora interesan, controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulte, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia revisora de las actuaciones propias de la competencia específica de los órganos judiciales, lo que impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por los Jueces o Tribunales que integran el Poder Judicial, salvo en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 120/1990, de 28 de junio, FJ 2; 220/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2; 57/2002 de 11 de marzo, FJ 2; 125/2002 de 20 de mayo, FJ 2; 137/2002, de 3 de junio, FJ 8; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4, y 119/2003, de 16 de junio, FJ 2)” (SSTC 159/2004, de 4 de octubre, FJ 9, y 129/2005, de 23 de mayo, FJ 9).»

(STC 16/2016, de 1 de febrero. Recurso de amparo 2937-2015. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 7-3-2016).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal

«Es conocida la existencia de una consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda ins-

tancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías, que se inicia con la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, SSTC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; 105/2014, de 23 de junio, FFJJ 2 a 4, y 191/2014, de 17 de noviembre, FFJJ 3 a 5). La STC de Pleno 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que “de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal” (FJ 9).

Con ello se optó por incardinar la audiencia del acusado como una exigencia derivada del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y no ya, como fijaba aquella STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, como manifestación del derecho a la defensa (art. 24.2 CE). La consecuencia de ello, como destaca la citada STC 88/2013, FJ 9, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada, y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 88/2013, FJ 8).

En el desarrollo de esa jurisprudencia sobre las garantías procesales respecto a una condena o agravación penal en segunda instancia, se ha abordado específicamente por este Tribunal su proyección a los elementos subjetivos del tipo. Al respecto, y de nuevo en los términos de la STC 88/2013, hemos subrayado que “también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado” (fundamento jurídico 8 citando la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; o en el ATC 44/2015, de 25 de febrero, FJ 2, traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*; 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*; 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España*; 20 marzo 2012, caso *Serrano Contreras c.*

España; 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris c. España*; 8 de octubre de 2013, caso *Nieto Macero c. España*; 8 de octubre de 2013, caso *Román Zurdo c. España*; 12 de noviembre de 2013, caso *Sainz Casla c. España*; 8 de marzo de 2016, caso *Porcel Terribas y otros c. España*, o 29 de marzo de 2016 caso *Gómez Olmeda c. España*). Asimismo hemos tenido ocasión de definir negativamente las condiciones de cumplimiento de las exigencias de inmediación y contradicción y de audiencia al acusado cuando se ventilen cuestiones fácticas en segunda instancia. Esas garantías no se ven colmadas con la sola reproducción y visionado de la grabación del juicio oral por parte del órgano revisor, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia y, ante todo, al acusado (SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4; STEDH caso *Gómez Olmeda c. España*, 29 de marzo de 2016, §§ 37-39). Esa exigencia de vista no es formal, sino que debe servir de efectivo instrumento a la garantía constitucional de un proceso debido respecto a los principios de inmediación y contradicción y la garantía de audiencia personal del acusado (SSTC 105/2014, FJ 4; 191/2014, FJ 5). Al respecto, no obstante, hemos admitido la posibilidad de sostener la condena en segunda instancia en las declaraciones realizadas en el juicio oral, e incluso en instrucción, cuando su reproducción esencial ante el Tribunal *ad quem* que va a valorarlas compense el déficit de inmediación, en consonancia con la doctrina vertida sobre el supuesto de valoración de las manifestaciones sumariales no reiteradas en el juicio, [SSTC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5 b) 1); 120/2009, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3, y 105/2014, FJ 3].

(.../...)

Esa dimensión de oportunidad del acusado de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, característica del derecho a la última palabra, sirve al derecho a ser oído personalmente y al derecho de defensa contradictoria (SSTC 181/1994, de 20 de junio, FJ 3; 13/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 2), que es precisamente la exigencia garantista material implicada en las revisiones globales en sede de apelación atinentes a cuestiones de hecho y de Derecho. Dicho de otro modo, con independencia del *nomen iuris* que quiera darse a la intervención de los acusados, tuvo lugar la audiencia precisa para asegurar el derecho a un proceso con todas las garantías, desde la perspectiva del derecho del acusado a ser oído personalmente en su defensa cuando se ventila su culpabilidad o inocencia en una revisión no solo jurídica, sino también fáctica, de lo acontecido en primera instancia, pudiendo exponer ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan (por todas, SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3, 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, y 45/2011, de 11 de abril, FJ 3).

La celebración de una vista pública en la que, conforme consta en la grabación, los acusados han podido ser oídos personalmente por el Tribunal de segunda instancia, han podido confrontar los elementos de juicio que van a ser tomados en consideración por el órgano judicial y han podido responder a lo planteado allí cubre las exigencias de audiencia al acusado como posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal (STC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7).

(.../...)

La doctrina inaugurada con la STC 167/2002 parte de la premisa de que el órgano de apelación tiene la facultad de valorar las pruebas practicadas en primera instancia y corregir la ponderación realizada por el Juez *a quo*, pero ha de hacerlo con todas las garantías, lo que supone que no puede valorar las pruebas personales en tanto res-

pecto a ellas sea exigible inmediación y contradicción (FJ 10). Esa inmediación es imprescindible cuando se trata de revisar la valoración sobre la credibilidad de la prueba personal (por todas, con ulteriores referencias, STC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2), que es el aspecto que precisa la interacción entre el órgano judicial y el declarante, pero no cuando no se cuestiona la credibilidad. Así es, singularmente, cuando se revisa el juicio de inferencia a partir de hechos base probados, por más que conduzca a una alteración del sustrato fáctico, sin conllevar conclusiones diversas sobre la credibilidad de alguna declaración (SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2, y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4), y la absolucón y posterior condena se basan esencialmente en la valoración de prueba documental y las declaraciones tienen una importancia muy marginal (ATC 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1), de modo que las inferencias no provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales (STC 127/2010, de 29 de noviembre, FJ 2).»

(STC 105/2016, de 6 de junio. Recurso de amparo 2569-2014. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. BOE 15-7-2016. En el mismo sentido, STC 172/2016, de 17 de octubre. BOE 25-11-2016).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«Para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del meritado derecho, hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra jurisprudencia, conforme a la cual, este derecho es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque 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 (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4), sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad (STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3). Como hemos subrayado, más recientemente, en las SSTC 89/2014, de 9 de junio, FJ 4; 99/2014, de 23 de junio, FJ 4, y 74/2015, de 27 de abril, FJ 4, con cita de la jurisprudencia precedente, la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a los Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 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 art. 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, la conducta de las autoridades.

(.../...)

Nos recuerda la STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 4, que “como ha señalado este Tribunal, entre otras, en las SSTC 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5, y 153/2005, de 6 de junio, FJ 6, por más que los retrasos experimentados en el procedimiento

hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el Ordenamiento les encomienda (STC 180/1996, de 16 de noviembre, FJ 4)».

Igual criterio sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al afirmar en su Sentencia de 7 de julio de 1989, caso *Unión Alimentaria Sanders c. España*, el carácter estructural de las dilaciones sufridas por la sociedad demandante, concluyendo que esta situación no puede privar a los ciudadanos de su derecho al respeto del plazo razonable (§§ 38 y 42), o cuando en la Sentencia de 11 de marzo de 2004, caso *Lenaerts c. Bélgica* (§ 18), razonó que el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable.»

(STC 89/2016, de 9 de mayo. Recurso de amparo 2379-2011. Ponente: D.ª Adela Asua Batarrita. BOE 18-6-2016. En el mismo sentido, STC 103/2016, de 6 de junio. BOE 15-7-2016).

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

«Este Tribunal tiene fijada doctrina acerca del contenido esencial del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), de la que son exponentes las SSTC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 5, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 5, y en las que hemos precisado que tal derecho: “exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal investiendo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional”.

Es también doctrina reiterada de este Tribunal que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son de legalidad ordinaria. Ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, “salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias” (STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 9)».

(STC 266/2015, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5290-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 22-1-2016).

Presunción de inocencia

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado de los mismos. A este respecto, el Tribunal ha manifestado en numerosas ocasiones su radical falta de competencia “para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este Tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante... Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia” (entre otras muchas, SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 6, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 5).

De forma específica se ha hecho hincapié en que la idoneidad incriminatoria debe ser no solo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la Sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas).

En la hipótesis de alteración de los hechos probados así como de los resultados de las inferencias practicadas a partir de ellos en segunda instancia, resulta obligado verificar, en particular, “si el juzgador de instancia estimó razonadamente que la prueba de cargo era insuficiente para fundamentar la condena, que el Tribunal de apelación debió, por exigirle así el derecho a la presunción de inocencia, explicitar por qué estimaba probado el perjuicio ‘más allá de toda duda razonable’, poniendo en evidencia la irrazonabilidad de la absolución de instancia” (STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 4).»

(STC 105/2016, de 6 de junio. Recurso de amparo 2569-2014. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. BOE 15-7-2016).

Principio acusatorio

«a) La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional acerca de las exigencias derivadas del principio acusatorio ha sido resumida, entre otras, en la STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2, en los siguientes términos: “entre ellas se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la

que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por 'cosa' no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, *un factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre" (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). De manera que "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia" (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). Ello no obstante hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

En tal sentido, recientemente la STEDH de 5 de marzo de 2013, Caso *Varela Geis c. España*, ha puesto de manifiesto el papel determinante que en los enjuiciamientos penales tiene el escrito de acusación: "teniendo en cuenta su significación, la persona acusada está oficialmente advertida de la base jurídica y fáctica de las acusaciones en su contra. (*Kamasinski contra Austria*, 19 de diciembre de 1989 [TEDH 1989, 24], ap. 79, serie A, núm. 168 y *Pelissier y Sassi contra Francia* [TEDH 1999, 10] GS, núm. 25444/94, ap. 51, TEDH 1999 II). El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los hechos que se le imputan y sobre los que se basa la acusación, sino también la calificación jurídica dada a estos hechos, y esto, de forma detallada. El alcance de esta disposición debe apreciarse especialmente a la luz del derecho, más general, a un juicio justo, garantizado por el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (véase, *mutatis mutandis*, *Artico contra Italia*, 13 de mayo de 1980, ap. 32, serie A, núm. 37; *Colozza contra Italia*, 12 de febrero de 1985 [TEDH 1985, 2], ap. 26, serie A, núm. 89 y *Pelissier y Sassi* [TEDH 1999, 10], ya citado, ap. 52). El Tribunal considera que en materia penal es una condición esencial para la equidad de los procedimientos, una información precisa y completa de los cargos contra un acusado, y por lo tanto la calificación jurídica que el tribunal podría llevar a su cargo" (apartados 41 y 42).

En análogo sentido se pronuncian los apartados 61 a 63 de la STEDH de 25 marzo 1999 –caso *Pelissier y Sassi c. Francia*–, cuando afirma que es plausible sostener que los motivos de defensa que se habrían podido invocar habrían sido diferentes de los elegidos a fin de rebatir la acción principal. Afirmando que el Tribunal de apelación cuando hizo uso de su derecho incontestado a dar nueva calificación a los hechos que le habían sido sometidos, debía dar la posibilidad a los demandantes de ejercer sus derechos de defensa sobre ese punto de manera concreta y efectiva, y sobre todo a su debido tiempo. Cuestionando que el hecho de que no se haya ofrecido a los demandantes la ocasión de organizar su defensa con respecto a la nueva calificación, ya que solamente la sentencia del Tribunal de apelación les permitió conocer este cambio de calificación, lo que era evidentemente tardío. “Teniendo en cuenta todos estos elementos, el Tribunal concluye que se ha atentado contra el derecho de los demandantes a ser informados de manera detallada de la naturaleza y del motivo de la acusación presentada contra ellos, así como a su derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa”.

Coincidente con tales postulados el Tribunal Supremo (STS 29 de enero de 1997): “En el desarrollo de esta premisa la jurisprudencia ha establecido mayoritariamente que los tipos dolosos y los culposos no son homogéneos (confr. SSTS 22-3-91; 1-7-93; 16-2-94; 3-11-94; 16-2-94; 20-9-94; 23-10-95 y de 9-2-96). Ahora bien, la valoración de la homogeneidad delictiva debe resolverse atendiendo a las particularidades del caso concreto, sin apriorismos o generalidades, pues es lo acontecido en el procedimiento lo que condicionara el juicio sobre la existencia de indefensión. En ocasiones la modificación del título de condena puede que no suponga la introducción de nuevos elementos, pero altere la perspectiva inicial, cambiando la clave interpretativa de lo acontecido, mermando las posibilidades de defensa al no haber podido combatir plenamente los hechos desde esa nueva óptica. En otras ocasiones es posible que el nuevo título de condena se sustente en hechos que pese a no contemplarse en título de imputación, hayan sido suficientemente debatidos al ser la propia defensa la que se centró en los mismos proponiendo una narración alternativa en el escrito de defensa, en cuyo caso la condena por un delito distinto no generaría indefensión alguna”.»

(STC 172/2016, de 17 de octubre. Recurso de amparo 299-2013. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 25-11-2016).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 111

Responsabilidad civil. Restitución del mismo bien salvo que haya sido adquirido por tercero de buena fe

«Conforme al art. 111 CP, la *restitutio in integrum* por devolución del mismo bien será vía preferente de satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto*. Ello no obstante, una sólida excepción a esta regla general es la que contempla su apartado segundo, que protege al tercero de buena fe que haya adquirido el bien “en la forma y

con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable”; situación en la que el derecho de cualquier perjudicado favorecido civilmente por una sentencia condenatoria de naturaleza penal solamente podrá concretarse en su alternativa indemnizatoria, operando la reparación dineraria como sustitutivo de la fallida recuperación.»

(STC 266/2015, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5290-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 22-1-2016).

ARTÍCULO 132

Interrupción de la prescripción del delito con la presentación de denuncia o querrela

«La demanda de amparo ha sido admitida a trámite por apreciar que concurre una especial trascendencia constitucional como consecuencia de que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general o reiterado por la jurisdicción ordinaria [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 e)].

2. El Tribunal ha reiterado, desde la STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8, que el art. 132.2 del Código penal (CP), en la redacción vigente en el momento en que se cometieron los hechos que dieron lugar a las resoluciones impugnadas (en la que se disponía que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”) debe ser interpretado en el sentido de entender que la querrela o denuncia es una solicitud de iniciación del procedimiento, pero no un procedimiento ya iniciado, por lo que no tienen por sí solas eficacia para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción y que es necesario un “acto de interposición judicial” o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable”. En consecuencia, la interpretación del art. 132.2 CP, en el sentido de que la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE).

En relación con ello, este Tribunal, en los casos en que se han producido pronunciamientos judiciales contrarios a esta interpretación, ha concluido que tales pronunciamientos incurren en manifiesto desconocimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una quiebra patente del mandato recogido en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (así, SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 5; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 59/2010, de 4 de octubre, FJ 4; 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5; y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 1/2013, de 14 de enero, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7, y 32/2013, de 11 de febrero, FJ 4).»

(STC 51/2016, de 14 de marzo. Recurso de amparo 5251-2014. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 22-4-2016. En el mismo sentido, STC 138/2016, de 18 de julio. BOE 15-8-2016).

ARTÍCULO 134

Interrupción de la prescripción de la pena con actos de ejecución

«Como se señalaba en la STC 63/2015, de 13 de abril y en las precedentes SSTC 37/2010, de 19 de julio, y 47/2014, de 7 de abril, entre otras, el instituto de la prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* en consideración a los incidencia que tiene el transcurso de un determinado tiempo en las funciones y fines de la intervención penal, así como por razones de seguridad jurídica que conducen a fijar un límite temporal para que no se dilate indefinidamente la incertidumbre de la inculpación o de la persecución penal. Fundamentos que explican el instituto de la prescripción en el ámbito punitivo en general, pero que requieren ciertas precisiones a efectos de diferenciar la prescripción de la acción penal –o prescripción del delito– frente a la prescripción del cumplimiento de la pena adjudicada en sentencia condenatoria. La prescripción del delito opera como obstáculo procesal que impide la investigación judicial, y por ello puede decirse que la sociedad –en decisión del legislador que le representa– renuncia al *ius puniendi*, renuncia a una investigación tardía del delito y exime de responsabilidad penal a los eventuales responsables, por razones pragmáticas y jurídicas. Por el contrario, la institución de la prescripción de la pena se sitúa temporalmente en el espacio posterior al efectivo enjuiciamiento de los hechos y a la declaración de responsabilidad criminal, por lo que en esta vertiente de la prescripción no se produce en sentido estricto una renuncia al *ius puniendi*, sino una renuncia a una ejecución tardía de la pena. Diferencias que tiene su reflejo en el distinto tratamiento que la ley establece para ambos supuestos en cuanto a su alcance, requisitos y efectos, aspectos de configuración legislativa que sirven a la garantía de seguridad jurídica como sustrato del derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE).

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).

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 si la motivación concretamente empleada cumple con el canon de motivación reforzada exigible en estos casos (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).

Como recuerdan las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, y 192/2013, de 18 de noviembre, el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela judicial 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 art. 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina el control de la resolución impugnada bajo un canon de motivación reforzada, resultando conculcado el derecho a la libertad “tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone” (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor “en tanto que perjudiquen al reo” (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

Señala la propia STC 63/2015, de 13 de abril, que: “La decisión judicial deberá así razonar los elementos tomados en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a la prescripción 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 justifican la institución (STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, seguida, entre otras, por STC 63/2005, de 14 de marzo y demás citadas)”, por lo que interpretaciones que se separen o desconozcan los estrictos términos de la previsión legal y de la racionalidad legislativa, se convierten en interpretaciones irracionales por vulneradoras de las estrictas garantías de la motivación en el marco de la legalidad penal. Y añade el fundamento jurídico 3 de la STC 63/2015: “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)”.

3. El art. 134 CP, en su redacción originaria dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, aquí aplicable, disponía que “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”.

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 art. 134 CP 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.

De acuerdo con la citada STC 97/2010, de 15 de noviembre, “la contemplación de nuevas causas de interruptivas de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógica-

mente, teniendo en cuenta los precedentes del CP de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, lo que ‘desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites’ (SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical”. (FJ 5).

La doctrina anterior es reiterada, entre otras, en las SSTC 192/2013, de 18 de noviembre, 49/2014, de 7 de abril, y 63/2015, de 13 de abril, en las que se insiste en que 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 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).

De ahí que este Tribunal haya considerado razonable, desde la perspectiva constitucional aludida y bajo la vigencia del citado art. 134 CP, que los actos de ejecución dirigidos contra el condenado distintos del cumplimiento, *in natura* o sustitutivo, carezcan de relevancia interruptora de la prescripción (SSTC 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4; con cita de la STC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4; 49/2014, de 7 de abril, FJ 3, y 63/2015, de 13 de abril, FJ 5). Precisamente por apreciar que se trataba de supuestos de cumplimiento sustitutivo, tal y como había adelantado este Tribunal en STC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 5, destacó la STC 81/2014, de 28 de mayo, FJ 3, *in fine*, y reiteró la STC 180/2014, de 3 de noviembre, FFJJ 2 y 3, que 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 previstas en los arts. 80 y ss. CP, figuras que han sido calificadas como formas de cumplimiento sustitutivas o alternativas a la pena de prisión.»

(STC 14/2016, de 1 de febrero. Recurso de amparo 7419-2014. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 7-3-2016. En el mismo sentido y BOE, STC 12/2016, de 1 de febrero).

ARTÍCULO 578

Enaltecimiento del terrorismo. Conflicto con el derecho a la libertad de expresión

«La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del

discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones. La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone lo siguientes elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, se subraya 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 con ello se destaca 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” [FJ 2 a)].

La STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido 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”; y que 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”, ya 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” [FJ 2 b)].

(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera 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 y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)].

En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (FJ 4). Igualmente se recordaba que “[e]n 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” (FJ 4). Y, además, que “[e]s 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” (FJ 4).

(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significativa importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a 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” [FJ 2 d)].

En relación con lo anterior la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en 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, lo que determina que “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” y “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que “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” (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5).

3. La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En la STC 235/2007, en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que “[t]ratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE” (FJ 9).

Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.

En el marco del Consejo de Europa, cabe destacar la aprobación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (“BOE” núm. 250, de 16 de octubre de 2009). El art. 5.1 de este Convenio, bajo la rúbrica “provocación pública para cometer delitos terroristas”, establece que “[a] los efectos del presente Convenio, se entenderá por ‘provocación pública para cometer delitos terroristas’ la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos”. En el art. 5.2 se impone a los Estados parte, entre ellos España, la adopción de “las medi-

das necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente”.

El informe explicativo de este convenio destacó, en relación con la sanción penal de estas conductas, los riesgos derivados de una eventual limitación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, enfatizando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –se citaba la STEDH de 20 de enero de 2000, asunto *Hogefeld c. Alemania*– había establecido que no puede quedar amparado bajo el legítimo ejercicio de este derecho la incitación a actos terroristas violentos, por lo que ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una incitación indirecta a delitos terroristas violentos están en consonancia con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 92 del informe explicativo). Igualmente se puso de manifiesto que en el origen de la definición de esta conducta de provocación pública están los documentos elaborados por el grupo de trabajo sobre apología del terrorismo del comité de expertos sobre terrorismo del Consejo de Europa (Codexter-Apologie), quien había propuesto centrarse, entre otras conductas, en las expresiones públicas de apoyo a actos terroristas o grupos (§§ 86 a 88 del informe explicativo); teniendo para ello presente tanto las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como del Comisionado para los Derechos humanos del Consejo de Europa que también habían sugerido que tal disposición podría cubrir, entre otras conductas, la difusión de mensajes de elogio al autor de un ataque terrorista (§ 95 del informe explicativo). De ese modo, se concluye en el informe explicativo que si bien finalmente en el art. 5.1 del Convenio se utiliza una fórmula genérica frente a otra más casuística, permite una cierta discreción a los países para definir este delito en relación con, por ejemplo, la conducta de difundir la idea de que un acto terrorista pueda resultar necesario y justificado (§§ 96 a 98 del Informe explicativo).

Por su parte, en el marco de la Unión Europea, si bien en la redacción originaria de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (“DOCE” núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 (“DOUE” núm. L 330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por “‘provocación a la comisión de un delito de terrorismo’ la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos”.

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. A esos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la constatación de que este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), conforme al cual, su ejercicio “podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Igualmente, también ha sostenido que la libertad de

expresión puede sufrir excepciones, en segundo lugar, en aplicación del art. 17 CEDH, conforme al cual, ninguna de las disposiciones del Convenio “podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad –mediante el enaltecimiento de la propia actividad– (por ejemplo, SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. *Özgür Gündem c Turquía*, § 65; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*, § 37; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaoğullari c Turquía*, § 39; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía –núm. 3–*, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad –mediante el enaltecimiento de sus autores– (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. *Öztürk c Turquía*, § 66; 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*, § 43). En aplicación de esta doctrina han sido diversas las resoluciones bien de inadmisión (DDTEDH de 13 de noviembre de 2003, as. *Gündüz c Turquía –núm. 2–*; de 16 de junio de 2009, as. *Bahceci y otros c Turquía*) bien de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de expresión (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. *Zana c Turquía*; de 8 de julio de 1999, as. *Sürek c Turquía –núms. 1 y 3–*; 7 de febrero de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía*; 7 de marzo de 2006, as. *Hocaoğullari c Turquía*; 10 de octubre de 2006, as. *Halis Dogan c Turquía –núm. 3–*; 2 de octubre de 2008, as. *Leroy v. France*) en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos.

En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión –que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular–, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 –“el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución”– supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han

ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia.

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*, § 73, recuerda que “la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo”. Parece claro, pues, que si los hechos implican tal incitación a la violencia, con mayor razón pueden incardinarse en dicho discurso (SSTEDH de 29 de abril 2008, caso *Kutlular c. Turquía*, § 49; de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*, § 64; de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía*, § 62). Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta.

(.../...)

La citada STC 235/2007, para entender como legítima la sanción de conductas de punición de justificación del genocidio, afirmó que “será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial transcendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (FJ 9). Es más, es claro que la justificación del genocidio *ex ante*, en determinado ambiente social, caracterizado por un rechazo generalizado de tales doctrinas, puede ser menos peligroso para bienes constitucionales que la conducta aquí objeto de consideración, llevada a cabo en un ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama. El contexto en el que acaecen los hechos no es jurídicamente irrelevante (STEDH *Sürek contra Turquía*, de 8 julio 1999, § 62).»

(STC 112/2016, de 20 de junio. Recurso de amparo 2514-2012. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 28-7-2016).

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Aplicación matizada de los principios del orden penal al Derecho administrativo sancionador y, en concreto, al procedimiento disciplinario penitenciario. Parte informativo como prueba de cargo

«Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, viene reiterándose por este Tribunal la aplicabilidad de las garantías contenidas en el art. 24.2 CE a los procedimientos administrativos sancionadores, en tanto que manifestación del *ius puniendi* del

Estado, con las matizaciones que resulten del equilibrio entre su propia naturaleza y la necesidad de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE (entre muchas, SSTC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 28/1989, de 6 de febrero, FJ 6; 3/1999, de 25 de enero, FJ 4; 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5; 205/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Por lo que atañe al procedimiento disciplinario penitenciario, se advierte que esas garantías operan con especial intensidad en tanto la sanción, que puede tener un fuerte componente aflictivo, supone una grave limitación de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena, y la incoación del expediente y eventual sanción repercute con mayor o menor intensidad en el régimen de vida y el tratamiento penitenciario, hasta el punto de condicionar el disfrute de permisos de salida o la progresión en grado. Como hemos repetido en multitud de ocasiones, la condición de interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar más limitación de sus derechos fundamentales que la expresada en el contenido del fallo condenatorio, la propia del sentido de la pena y la prevista por la ley penitenciaria conforme a lo establecido en el art. 25.2 CE (ya en la STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; más recientemente, SSTC 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 3; 59/2011, de 3 de mayo, FJ 2, y 107/2012, de 21 de mayo, FJ 6). En el desarrollo de tal doctrina, hemos precisado que toda manifestación del ejercicio del *ius puniendi* está condicionada por el art. 24.2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b); 169/1998, de 21 de julio, FJ 2, y 40/2008, de 10 de marzo, FJ 2]. Por ello, entre las garantías *ex art.* 24.2 CE aplicables sin excepción en los procedimientos sancionadores, y en el penitenciario en particular, se encuentra el derecho a la presunción de inocencia, invocado por el recurrente en el presente caso (por todas, en lo relativo al procedimiento disciplinario penitenciario, SSTC 97/1995, de 20 de junio, FJ 4; 175/2000, de 26 de junio, FJ 5; 237/2002, de 9 de diciembre, FFJJ 3 a 5; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 5, y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6). El derecho a la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción y de la participación del sujeto en ellos recae sobre la Administración, no pudiendo imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, con prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales. En buena lógica, este Tribunal sólo podrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando se haya impuesto la sanción sin pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o sin observar las preceptivas garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el íter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (específicamente respecto al ámbito disciplinario penitenciario, SSTC 346/2006, FJ 5, y 66/2007, FJ 6).

De entre esos contenidos del derecho fundamental interesa destacar ahora la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que pueda exigírsele a este una *probatio diabolica* de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4).

En este marco, hemos manifestado en distintas ocasiones que el parte emitido por los funcionarios de prisiones puede ser suficiente para que la Administración penitenciaria primero y el órgano judicial después puedan tener por desvirtuada la presun-

ción de inocencia del sancionado, sin vincular esa eficacia a un reconocimiento específico en la normativa penitenciaria o a la previsión general del art. 137.3 LPC (ya en la STC 192/1987, de 2 de diciembre, FJ 2.e; también en SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 3; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4, y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6). Ello entronca con el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de que la aplicación matizada de las garantías procedimentales del art. 24.2 CE al ámbito administrativo sancionador se proyecta en el derecho a la presunción de inocencia aquí invocado, donde los principios de publicidad, oralidad e inmediatez vinculados a la validez de la prueba se relativizan, admitiéndose “la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (STC 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4) o de los informes obrantes en autos (SSTC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8)” (SSTC 2/2003, de 16 de febrero, FJ 10, y 242/2005, de 10 de octubre, FJ 5). En otras palabras, las exigencias constitucionales vinculadas a la presunción de inocencia no excluyen el valor probatorio de las actas, boletines, partes o informes donde los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones.

Al respecto, sin embargo, se precisa de forma reiterada en nuestra jurisprudencia desde la inaugural STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), que si bien las constataciones documentales por funcionarios tienen un valor probatorio que va más allá de la denuncia, está excluida absolutamente su eficacia como una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza del contenido de los documentos. Se parte, por el contrario, de que el acta constituye un primer medio de prueba –que aporta la Administración– sobre los hechos que consten en ella, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8; 14/1997, de 28 de enero, FJ 7; 169/1998, de 21 de julio, FJ 2, y 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6). Esa doctrina se ha proyectado no sólo a las actas o diligencias de inspección *stricto sensu* contempladas en una normativa sectorial específica de las que se ocupaba la STC 76/1990, sino, en general, “a las actuaciones administrativas, formalizadas en el oportuno expediente” (STC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 4), incluidas las “declaraciones suscritas por los agentes de la autoridad” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11). Incluso cuando se ha anclado normativamente al art. 137.3 LPC aquí discutido, como ocurrió en el análisis de la eficacia probatoria de los boletines de denuncia de los agentes de la policía local (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6), se ha destacado que el valor probatorio que ese precepto atribuye a esos documentos sigue las pautas señaladas en la STC 76/1990. Su valor estriba en ser una forma de iniciación del procedimiento y en aportar una prueba de cargo, que debe ser objeto de valoración junto con el resto de pruebas practicadas en el mismo plano y conforme a los mismos criterios de racionalidad, pudiendo ser prueba de cargo suficiente en vía administrativa, pero también en vía contencioso-administrativa sin necesidad de reiterarse, colocando al administrado en la tesitura de tener que abandonar su pasividad para evitar su sanción, que es lo que le permite la presunción de inocencia en tanto no exista esa prueba de cargo.

En síntesis, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, parece incontrovertido que los partes y boletines no son meras denuncias en el ámbito administrativo y contencioso administrativo, sino medios probatorios admisibles que pueden ser suficientes, en atención a las circunstancias del caso, para enervar la presunción de inocencia. Pero ese reconocimiento de relevancia probatoria a lo aseverado, en debida forma, por los funcionarios sería inconstitucional, por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, si llega al extremo de otorgarle “una fuerza de convicción privilegiada que llegara a prevalecer, sin más, frente a lo alegado por el expedientado o frente a cuales-

quiera otros medios de prueba o que se impusiera –incluso al margen de toda contraria alegación o probanza– sobre la apreciación racional que acerca de los hechos y de la culpabilidad del expedientado se hubiera formado la autoridad llamada a resolver el expediente» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11; citándola, STC 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 4). En línea con tales parámetros, la aceptación del parte informativo penitenciario como medio de prueba que puede ser suficiente está sujeta a la premisa de su juego en un contexto contradictorio donde opera la libre valoración de la prueba, sin que ostente un valor prevalente o, mucho menos, se presuma su suficiencia, que dependerá de las circunstancias (STC 66/2007 siguiendo a la STC 192/1987; también al respecto, SSTC 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 6, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 5”.

4. Desde la premisa del reconocimiento de eficacia probatoria al parte informativo, corresponde detenerse ahora en el análisis de nuestra doctrina sobre las condiciones en las que un parte puede alcanzar esa eficacia.

Con carácter general, la declaración documentada de que se trate ha de reunir ciertas características de emisión y acceso al procedimiento sancionador que garanticen el respeto al derecho a la presunción de inocencia y al derecho de defensa. Esas características la hacen merecedora de la calificación jurídica de prueba. Como es sabido, existirá una vulneración del derecho a la presunción de inocencia “cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes ‘hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías’” (STC 66/2007, FJ 6). En la traslación modulada de las garantías del art. 24.2 CE al orden administrativo, los valores que subyacen a los derechos fundamentales en juego exigen de las diligencias de prueba, frente a las mayores garantías en el proceso penal, “unas mínimas condiciones objetivas y subjetivas que hagan posible su fiabilidad. Y si las primeras parecen centrarse en su normatividad y en la posibilidad de contradicción, las segundas aluden a las características del sujeto que las practica”, limitándose su valor probatorio a los hechos comprobados directamente por un funcionario (STC 56/1998, de 16 de marzo, FFJJ 4 y 5). Esas exigencias conectan, de un lado, con el fundamento del valor probatorio de las actuaciones administrativas en cuestión, esto es, con el hecho de que tales documentos incorporen una verdadera actividad probatoria efectuada con inmediación por personal cualificado e imparcial referida a hechos objetivos. Así, la especialidad, imparcialidad y objetividad se vincula al estatus funcional, imprescindible cuando se ejercen potestades públicas, como es el caso de las funciones de vigilancia e inspección definitivas de la actividad administrativa en que se generan las diligencias (art. 9.2 de la Ley del estatuto básico del empleado público); y se circunscribe asimismo el valor probatorio a los hechos y datos objetivos comprobados directamente por el emisor [SSTC 76/1990, FJ 8 b), o 70/2012, FJ 4], identificado y signatario del documento (STC 97/1995, de 20 de junio, FJ 4). Y de otro lado, con la garantía de contradicción, principio esencial en todo procedimiento administrativo y, singularmente, del sancionador por mor de la vigencia en este ámbito del derecho a la presunción de inocencia.

En lo que atañe al parte informativo en el ámbito penitenciario, el respeto a la garantía de contradicción impone, en primer lugar, que el interno debe poder tener acceso al contenido de la denuncia cuando va a ser utilizado como material probatorio de cargo, por lo que se le debe dar traslado del contenido del parte junto con el pliego de cargos (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6, y 156/2009, de 29 de junio, FJ 4). Desde la perspectiva del derecho de defensa, este Tribunal ha especificado que “debe posibilitarse contradecir no sólo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la Administración penitenciaria, por lo que cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el

conocimiento de la misma por el interno constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión (SSTC 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4; y 55/2006, de 27 de febrero, FJ 4)” (STC 156/2009, de 29 de junio, FJ 3). En buena lógica, hemos concluido que este requisito viene colmado cuando la denuncia del funcionario viene transcrita en el pliego de cargos o, en general, el conocimiento del pliego por el interno aporta el conocimiento de los hechos objeto de la acusación, su calificación y la sanción propuesta, así como el de las pruebas en que se sustenta esa acusación, pues no existirá indefensión (SSTC 116/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5, y 77/2008, de 7 de julio, FJ 2). Por el contrario, la falta de traslado del parte informativo, como expresión del derecho a acceder al material probatorio –y, con ello, de poder combatir su validez o suficiencia como prueba–, adquirirá relevancia constitucional cuando se cuestione el parte o la correspondencia entre su contenido y el del pliego de cargos, pues conlleva una situación de bloqueo en el acceso a una información precisa para garantizar el derecho de defensa, lo que repercutirá en la calidad del parte como prueba válida.

En segundo lugar, la posibilidad de contar con una prueba de cargo válida depende de que los hechos imputados con fundamento en el parte del funcionario puedan ser desvirtuados mediante prueba pertinente y relevante de descargo, para evitar partir “del erróneo principio de que el cargo determinado por el funcionario tiene una presunción *iuris et de iure*, y que al fin y a la postre no admite prueba en contrario” (SSTC 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 6, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 5). Aunque desde el derecho a la prueba, en estas resoluciones hemos indicado que, si se rechaza de forma irrazonable o arbitraria una prueba idónea dirigida a atacar el parte, se termina por hacer inútil el expediente sancionador, que queda prefigurado por el pliego de cargos, cuyo contenido viene fijado por el parte de forma irrefutable. Ya en el marco de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, la STC 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6, excluyó que la suficiencia del parte de incidencias para enervar la presunción de inocencia pudiera equipararse a la concesión de un valor probatorio irrefutable al testimonio del funcionario, poniendo el acento en que, en el caso analizado entonces, esa prueba de cargo no fue desvirtuada por el interno mediante prueba en contrario y en que las pruebas propuestas fueron denegadas motivada y razonablemente por el instructor del expediente.

En suma, sólo la efectiva posibilidad de contradicción, fruto de una posición informada de los hechos y su prueba y la oportunidad de acreditar una versión exculpatoria por medios idóneos y relevantes, incluida la intervención del autor del parte, ataja el riesgo de convertir el valor probatorio de las declaraciones del funcionario en una presunción inatacable de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia. En la medida en que la prueba contraria practicada no haya resultado idónea para desvirtuar la versión del parte de incidencias del funcionario, o, proponiéndose diligencias de descargo, no se acordaran razonablemente y de forma motivada, o, en fin, ni siquiera se intentara una actividad probatoria defensiva por el expedientado frente a la aportación probatoria incriminadora que encarna el parte, éste podrá alcanzar el estatus de prueba de cargo válida y suficiente a efectos sancionadores.

Por último, también en relación con el parte de incidencias penitenciario deben concurrir las condiciones objetivas, subjetivas y formales que sirven a la exigencia de intermediación y avalan la fiabilidad que fundamenta la admisión de valor probatorio de las denuncias y testimonios documentados de los funcionarios. Esto es, el valor del parte se extiende a los hechos presenciados por los funcionarios de prisiones (SSTC 192/1987, FJ 2; y 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 5), de quienes es predicable imparcialidad en tanto que funcionarios públicos *stricto sensu* (art. 80 de la Ley Orgánica general penitenciaria) con especialización en labores de custodia, vigilancia y

mantenimiento del orden interno [art. 64 del Reglamento penitenciario (RP)] y con competencia normativamente atribuida para emitir partes (art. 71.2 RP) cuando detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciario de una posible perturbación de la vida normal del Centro, que se plasmen en diligencias documentales con los requisitos mínimos de identificación del emisor firmante (STC 97/1995, de 20 de junio, FJ 4), lugar y fecha.

En síntesis, la idoneidad del parte como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia depende de su validez, esto es, de que reúna los elementos subjetivos, objetivos y formales de credibilidad, haya accedido de forma constitucionalmente admisible al procedimiento sancionador y juegue en un debate que haya dado oportunidad de contradicción.»

(STC 161/2016, de 3 de octubre. Recurso de amparo 6526-2013. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. BOE 15-11-2016).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO
Profesor Adjunto de Derecho penal
UNIR

ARTÍCULO 14 CP

Error de prohibición invencible: Asociación dedicada al cultivo de marihuana para su consumo compartido entre los socios figurando registrada en el Ministerio del Interior

No cabe duda, como ha destacado la doctrina que la evitabilidad del error de prohibición tiene una función decisiva en el régimen establecido en el art. 14 del CP. De acuerdo con éste, el error sobre la antijuridicidad excluirá la punibilidad, cuando haya sido invencible. Invencible es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque atenuada, según el art. 14.3 CP. Dogmáticamente se entiende que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad: Sea porque, cuando el error es inevitable, el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello.

En relación con esta inevitabilidad el legislador ha tenido que optar entre dos principios: el principio del «conocimiento», que derivaría de la teoría del dolo, es decir del conocimiento de la antijuridicidad; y el principio de la «responsabilidad», o de la posibilidad de ese conocimiento, «es decir de la teoría de la culpabilidad». Así,

conforme al principio de la responsabilidad las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social. De esta manera la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir porque pudo obrar de otra manera.

La evitabilidad del error, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, presupone que el autor haya tenido, en primer lugar «razones» para pensar en la antijuridicidad, es decir preguntarse por la infracción de la norma, partiendo de circunstancias del hecho que proporcionen al autor un indicio de posible antijuridicidad; y en segundo lugar la «posibilidad» de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. A este respecto, los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita son la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable, como el asesoramiento en un experto jurídico y la Jurisprudencia. Y teniendo en cuenta que el ciudadano no puede cargar con la tarea de realizar una cadena interminable de comprobaciones, para verificar la corrección del consejo jurídico, lo que prácticamente impediría todo comportamiento y resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art. 10.1 CE).

La Jurisprudencia se ha hecho eco de tal doctrina, así por ejemplo en SSTS 2002/2000, de 19 de septiembre, 17/2003, de 15 de enero. Por su parte, la STS n.º 601/2005, de 10 de mayo, señala que «la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente –como precisa la STS 755/2003 de 28.3 antes citada– en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción. No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. 20.2.98 y 22.3.2001), y como decíamos en las STS 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la

naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento». Y en la misma línea la STS n.º 392/2013, de 16 de mayo).

A su vez, la STS n.º 602/2015, de 13 de octubre, precisa que «El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, de 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP 1995) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso –recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre–, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6 bis, a) tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas». Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).

(...) Ello no obstante, en nuestro caso, la exclusión por el tribunal de instancia de la extensión exacerbada de la doctrina del «consumo compartido», como supuesto excepcional de destipificación del delito comprendido en el art. 368 CP, y mantenimiento por tanto de la existencia del delito, evita las objeciones de orden constitucional más arriba citadas. La cuestión se centra ahora, como vimos, en la existencia del error de prohibición y su inevitabilidad. Y decíamos que dogmáticamente se entiende que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad: Sea porque, cuando el error es inevitable, el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello, mediante la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable.

(...) En el caso, también, las exigencias jurisprudenciales de que la apreciación del error de prohibición no pueda basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error; y que el análisis deba efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, podemos estimar que se dan.

(STS 571/2016, de 29 de junio)

ARTÍCULO 31 BIS CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ausencia de medidas de prevención de delitos por la mercantil recurrente

a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de septiembre de 2015, ha de reiterarse que «Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 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».

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1.º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclu-

sión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una «excusa absolutoria», vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una «excusa absolutoria» ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas «compliances» o «modelos de cumplimiento», exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la «cultura ética empresarial» o «cultura corporativa de respeto a la Ley» (pág. 39), «cultura de cumplimiento» (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida «cultura de cumplimiento» que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que «... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

(STS 154/2016, de 29 de febrero)

ARTÍCULOS 75 Y 76 CP

Acumulación y refundición de condenas: la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada

La regla general de cumplimiento de las penas privativas de libertad viene establecida en el art. 75 del Código Penal que dispone: «cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». Esta regla general tiene su limitación en el apartado 1.º del art. 76 del mismo texto legal, que dispone: «No obstante lo dis-

puesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años», junto a las reglas especiales que siguen a continuación; y el apartado segundo de este artículo, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015, sigue diciendo: «La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar». Por su parte, el artículo 988 de la LECrim, regula el trámite que debe seguir el juzgador al que corresponda refundir las condenas: «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo prevenido en el art. 17 de esta Ley».

La doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, y SSTS 192/2010 y 253/2010, 1169/2011, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29/11/2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad «temporal». Y en concreto, el contenido del acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación».

Así pues, deben únicamente excluirse:

1.º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, que lo será en la fecha de la sentencia que resulte más beneficiosa para el condenado; y

2.º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación.

Ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso. Habiéndose acordado, como ya hemos dicho, en el Pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005, que a estos efectos no es necesaria la firmeza de la sentencia para determinar el límite de la acumulación.

(...) Con fecha de 3 de febrero de 2016, esta Sala Casacional ha tomado el siguiente Acuerdo de Pleno para la Unificación de Criterios:

«La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

A los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio.»

(STS 900/2016, de 30 de noviembre)

ARTÍCULO 76.2 CP

Acumulación de condenas: interpretación de la redacción dada al art. 76.2 CP por LO 1/2015 en relación a la fecha que determina la fecha límite para la refundición: fecha de enjuiciamiento equivale a fecha de la sentencia dictada en la instancia. Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2016

(...) la reforma operada por la LO 1/2015, otorga una nueva redacción donde se prescinde ya de cualquier tipo de conexión y se atiende a criterios estrictamente cronológicos: la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar; que como indica la STS 139/2016, de 25 de febrero, ha suscitado la reinterpretación del alcance de la acumulación cuando se trata de penas impuestas en distintos procesos, aunque ciertamente algunas resoluciones ya abogaban por el criterio ahora adoptado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016, celebrado por esta Sala Segunda al amparo del art. 264 LOPJ, donde se acuerda:

La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

Es decir, en la formación de bloques, como es tradicional, una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme al criterio cronológico establecido (por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar), habrá de determinarse si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 C. Pena (20 años –excepcionalmente en los supuestos previstos 25, 30 o 40, en su redacción actual–; o el triple de la pena más grave), beneficia al penado; en definitiva, si resulta inferior a la suma aritmética de las condenas impuestas en las ejecutorias integrantes del bloque, pues solo en este caso, se acumularán tales condenas, sustituyendo la suma aritmética, por el referido límite (SSTS 854/2006, de 12 de septiembre; 1293/2011, de 27 de noviembre; y 13/2012, de 19 de enero, entre otras). Pues si el resultado que ofrezca esa comparación, le perjudicara, no procedería acumulación alguna en cuanto a las penas integradas en ese bloque.

Como expresa la STS n.º 706/2015, de 19 de noviembre, «aunque la redacción del precepto pudiera haber sido más clara, ha de interpretarse en el sentido de que la acumulación deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las demás sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia».

Pero ahora, el Acuerdo del Pleno, adiciona la posibilidad de reutilización de la condenas integrantes de bloques no fructíferos, porque los límites previstos en el 76.1, excedieran en su magnitud a la suma aritmética las que integran el bloque; de modo que es viable la formación de bloques donde se incorporen condenas ya ponderadas en bloques previos donde el cotejo comparativo aritmético frustró la acumulación.

Como adelantaba la STS 706/2015, citada, «si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello».

En dicho Pleno, también se precisó en cuanto a la expresión enjuiciados, que a los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio.

Lo decisivo no es la fecha del juicio oral –que puede prolongarse durante semanas o meses– sino la de la sentencia. Una perspectiva teleológica apoya este criterio, este referente temporal es más seguro (es una única fecha) y respeta la literalidad del art. 76.2 actual por cuanto «el término enjuiciados» –se lee en la STS 697/2015, de 10.11–, no implica una diferencia esencial y necesaria respecto del mismo término, siquiera en singular, utilizado en la redacción anterior del artículo 76.2 del Código Penal. En ambos casos el significado no remite ineludiblemente al momento del acto del juicio oral. En efecto, conforme al diccionario RAE la misma voz enjuiciar puede significar «instruir, juzgar o sentenciar». Además evita un problema burocrático, pues en los registros públicos no consta la fecha del juicio que habría que buscar en los antecedentes de la sentencia (donde no siempre figura).

Explica las razones que justifican este acuerdo, más detenidamente, la STS 144/2016, de 25 de febrero:

De seguridad jurídica: la fecha de la sentencia consta con certeza en la certificación de antecedentes penales, y es fija, mientras que la del enjuiciamiento es en ocasiones más difícil de localizar y además puede ser variable. En los casos en los que el juicio comienza en una determinada fecha y concluye días después, pueden plantearse problemas interpretativos entre utilizar una u otra fecha, que generarían una nueva perturbación en una materia ya bastante compleja.

De coherencia jurisprudencial. En efecto, no se aprecian motivos de fondo para que el Legislador modifique, sin argumentación alguna en la exposición de motivos, un criterio jurisprudencial consolidado en esta materia, que tras diversas controversias se reafirmó mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación».

Es la interpretación más favorable para el reo. En el supuesto de un hecho delictivo cometido después de celebrado el juicio, pero antes de la sentencia, la interpretación tradicional permite la acumulación, pero la interpretación literal de la reforma no la permite. Esta condición de norma desfavorable provocaría serios problemas de retroactividad. En primer lugar habría que diferenciar dos modelos de refundición, uno para las refundiciones anteriores a la reforma, que tomaría como referencia la fecha de la sentencia y otro para las posteriores, que partiría de la fecha del juicio.

Pero esta solución tampoco resolvería el problema, pues la reciente doctrina constitucional (STC 261/2015, de 14 de diciembre), en un supuesto similar, puede conducir a diversas interpretaciones sobre la fecha de aplicación de la irretroactividad (la de la refundición o la de la primera condena). En definitiva, se daría lugar a una accentuada e innecesaria complejidad.

En consecuencia, adoptar una interpretación literal de «fecha de enjuiciamiento» como «fecha del juicio», conduce a una situación manifiestamente disfuncional, que

debe ser evitada en una materia tan delicada en la que está en juego el tiempo de privación de libertad de los penados, por lo que debe adoptarse la interpretación de «fecha en la que los hechos fueron sentenciados».

(...) Pero además, de esta reutilización, en un escalón evolutivo jurisprudencial más, en la interpretación favorable al penado, a partir de la reconsideración del art. 76.2 propiciada por su nueva redacción sobre la locución utilizada en referencia restringida a las condenas que integren el objeto de la efectiva acumulación, permite atender en modificación de una jurisprudencia anterior (p. e. STS 408/2014, de 14 de mayo, ciertamente distante de ser pacífica, que era el criterio también seguido en la Circular FGE 1/2014) a la viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación, en cuanto el texto normativo predica la exigencia del requisito cronológico de los que fueren objeto de acumulación, pero ninguna exigencia más a cómo debe formarse ese bloque, ni que la exigencia cronológica además de observarse internamente entre las ejecutorias que integren el bloque, también suponga que no existe posibilidad de bloques acumulativos con condenas de fechas precedentes.

Así, la STS 139/2016, de 25 de febrero, tras incidir que la interpretación sustantiva del sistema de acumulación jurídica no puede prescindir de determinados valores constitucionales como son los principios proclamados en el artículo 15 CE relativo a las penas inhumanas, el artículo 25 que proclama que las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y el propio artículo 10.2 que obliga a la interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (así, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 49.3, proclama que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción); destaca que el enjuiciamiento de los hechos pende en muchas ocasiones de circunstancias o contingencias aleatorias y por ello ajenas a la responsabilidad de los propios penados y que incluso pueden conculcar el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y si bien no puede corregirse absolutamente cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria se reducirá el margen de aleatoriedad.

Y tras contemplar en el supuesto concreto analizado, que resultaba la posibilidad de acumular formando bloques a partir de la primera de las sentencias ordenadas en atención de su antigüedad, del cuadro de ejecutorias, pero también resultaba posible la formación de un bloque a partir de la segunda, que resulta más beneficioso aunque dejaba fuera del bloque a esa primera sentencia, siendo que todas las así acumuladas en esta segunda alternativa, cumplimentan las exigencias del art. 76.2, concluye: teniendo en cuenta lo señalado en el fundamento precedente, esta alternativa combinatoria, que es evidentemente más favorable para el penado y cumple las reglas fijas señaladas en el mismo, pues todos los hechos son anteriores a la sentencia de referencia y ninguno de ellos ha sido sentenciado con anterioridad, no es incompatible con la regla 2.ª del artículo 76 CP tal como hemos señalado. Siendo ésta la opción más favorable para el penado y comprendiendo las sucesivas operaciones de acumulación la totalidad de las ejecutorias pendientes debemos acoger la misma, lo que equivale a estimar solo parcialmente el motivo del Ministerio Fiscal por cuanto frente a lo resuelto por el Juzgado de ejecutorias la sentencia de fecha más antigua debe quedar fuera del bloque acumulado y cumplirse independientemente.

Conclusión que parte del enunciado de que cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las

potencialmente acumulables sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso .

De igual modo la STS 142/2016, de 25 de febrero, coincidente con este criterio interpretativo del art. 76.2, indicaba:

La esencia de esta interpretación consiste en la búsqueda de la solución combinatoria que más beneficio objetivo represente para el penado. Siempre que se adecue al canon legal, pero advirtiendo que éste no se dirige a imponer un método de formulación de combinaciones que parta necesariamente de la más antigua de las sentencias de entre todas las que condenaron al penado. Esa fecha de sentencia que es relevante es la de la más antigua de aquéllas que efectivamente se incluye en el listado de cualquiera de las combinaciones. Es decir, la Ley 1/2015 no ha querido fijar prioritariamente un método de cálculo para componer la acumulación obligando a comenzar por las acumulaciones posibles a la más antigua de las sentencias condenatorias sufridas por el penado. Lo que pretende es imponer un límite al resultado de todas y cada una de las combinaciones que efectivamente se puedan llevar a cabo.

Otra interpretación supone, contra reo, transformar lo que es la voluntad legal dirigida a ampliar la autorización que implique una disminución del tiempo de condena en una imposición restrictiva que se traduzca en mayor tiempo de cumplimiento.

También, la STS 219/2016, de 15 de marzo, concurrente con el anterior pronunciamiento, establece cual es el criterio determinante de la elección entre las diversas alternativas que los diferentes bloques formados a partir del conjunto de las ejecutorias del penado, con observancia de las exigencias del art. 76, posibilitan: siendo posible establecer más de un bloque de condenas a refundir, deben valorarse también las condenas que deben ser cumplidas separadamente por el penado, para determinar la combinatoria más favorable al mismo.

Criterio en el que abunda, la STS 153/2016, de 26 de febrero, cuando afirma que cabría rechazar cualquier acumulación cuyo resultado fuera menos favorable que otra posible, la interpretación de la nueva regulación no debería impedir que, tras un primer intento de acumulación, (o varios, en su caso), se acuda a otras distintas posibilidades, si resultan más favorables para el penado, criterio que resultaría aplicable en atención a la finalidad de la norma, orientada a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal. Siempre respetando el límite antes mencionado, es decir, siempre que todos los hechos por los que han recaído las distintas condenas sean anteriores a la sentencia más antigua de las que concretamente se acumulan.

De modo, que en esa búsqueda de la acumulación con resultado más favorable, el criterio cuantitativo del cotejo, no es, en cada caso, el límite resultante de los bloques efectivamente acumulados, sino de esa cifra más la suma de las penas que deban ser cumplidas independientemente; es decir el tiempo total que tras la combinación elegida el penado deba cumplir.

Claro está, siempre que se cumplan dos requisitos:

i) Cronológico: los hechos de las sentencias que se acumulan han de ser anteriores a la fecha de la sentencia que sirve de base a la acumulación; sentencia base que a su vez es de fecha anterior a las sentencias que a ella se acumulen; y

ii) Continuidad: no es dable excluir, en el bloque así formado a partir de la sentencia elegida como base de la acumulación por resultar más favorable, ninguna ejecutoria de las incluidas en la hoja histórico-penal del condenado, que cumplan en relación con la misma, el anterior requisito cronológico; pues en otro caso, se potencia la posibilidad de la generación de un patrimonio punitivo, en el sentido de que, en algún momento, pudiera delinquir nuevamente sabiendo que no cumplirá la pena.

Tal situación debe ser evitada, siempre que sea posible. Aunque, como recuerda la STS 706/2015, de 19 de noviembre, no siempre lo será. El delincuente que ha cometido ya al menos tres delitos sin haber sido enjuiciado ninguno de ellos, sabe, o puede saber, que respecto de los nuevos delitos que cometa antes de ser enjuiciado por los anteriores es muy posible que, en algunos casos, ya no deba cumplir la pena asociada a los mismos, precisamente por la acción de las previsiones del artículo 76.2 del Código Penal. Pero ello, se acrecienta notablemente y lo aproximaría a niveles de certeza, si sabe que la potencial condena ulterior con mayor pena, puede ser escindida con facilidad, del bloque a formar para determinar el límite de cumplimiento.

Como destaca la STS 367/2015, de 11 de junio, de ningún modo el resultado de la acumulación, puede constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión, esto es para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación, rebasarán el límite del art. 76, lo que sería injusto y atentaría a los principios que rigen el proceso penal (STS 798/2000 de 9 de mayo), insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, aunque se hayan agotado los límites máximos establecidos con carácter general por la Ley para las penas privativas de libertad (STS 135/99, de 8 de febrero).

(STS 339/2016, de 21 de abril)

ARTÍCULO 77.3 CP

Concurso Medial de Delitos y Disposición Transitoria Segunda LO 1/2015

Desde esta consideración jurisprudencial, debe observarse que la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 no ha abordado ninguna modificación penológica respecto del delito de estafa o del delito de falsedad en documento mercantil, manteniéndose ante la antijuridicidad de ambas conductas un idéntico reproche que el que ya existía en la redacción anterior. De igual modo, el legislador ha mantenido idéntica opción punitiva para los supuestos de reiteración de delitos cuando concurren los requisitos que permiten la apreciación del delito continuado del artículo 74 del Código Penal. Y si bien el nuevo artículo 77.3 ha supuesto una revisión del marco de pena establecido para los concursos mediales en el sentido antes descrito de haber pasado de exigir que se impusiera la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, a preceptuar que se imponga una pena superior a la de esta infracción de mayor entidad, debe observarse que la reforma no responde a que nuestro legislador haya considerado conveniente la disminución de la punición anteriormente prevista, sino que ha optado por reconocer un mayor margen de discrecionalidad judicial para individualizar la pena que puede resultar oportuna en cada caso concreto. El concurso medial (también llamado concurso teleológico o instrumental), es un concurso ideal impropio en la medida en que –como en el concurso real puro– se dan en él una pluralidad de acciones con diversos resultados típicos y su proximidad con el concurso ideal puro reside en que los resultados delictivos del concurso medial derivan también de una unidad de pensamiento y voluntad. La reforma legislativa que se

trae a colación se caracteriza por introducir un régimen de punición en el que se faculta al juez a recorrer un marco de penas que irá, desde considerar la práctica irrelevancia punitiva del delito de menor gravedad cuando se opte por imponer la pena superior en un solo día a la prevista para el delito más grave (STS 863/2015, de 30.12), hasta entender que la unidad de pensamiento no aporta un contenido sustancial que justifique una punición privilegiada de los delitos cometidos, supuesto en el que la punición separada coloca al delito instrumental en un plano de reproche semejante al concurso real puro.

De este modo, la revisión que pretende el recurso resulta inalcanzable por el doble motivo de que: 1) la pena impuesta en su día es pena alcanzable en el marco penal actualmente vigente y 2) La modificación del marco penológico previsto en el artículo 77.3 del CP para el concurso medial, no comporta una alteración de los condicionamientos normativos que limite imperativamente al juez en el espacio de individualización de la pena que afecta al recurrente, sino que precisamente lo que ha potenciado es la discrecionalidad judicial, estando esta discrecionalidad fuera del análisis de contraste en el que la Disposición Transitoria Segunda asienta la revisión (SSTS 633/2012, de 19.7 o 290/2013, de 16.4).

(...) La doctrina de esta Sala, sin embargo, también ha mantenido otra posible lectura de la Disposición Transitoria Segunda respecto de su cláusula de no posibilitar la revisión de penas que sean también imponibles conforme a la ley reformada. En ella, la Sala ha sostenido que el término «pena imponible», no debe ser entendido como «pena posible o alcanzable» dentro del nuevo marco legal punitivo, sino como «pena procedente», de suerte que la comparación penológica no debe hacerse observando sólo el marco normativo derogado y vigente, sino considerando además los elementos fácticos concurrentes en el relato histórico de la sentencia cuya revisión se pretende.

Esta orientación jurisprudencial se ha justificado desde el triple argumento de que: 1) Corrige efectos perversos de agravios comparativos entre diversos partícipes del delito, como por ejemplo, cuando unos se han visto beneficiados por una rebaja de pena por su colaboración con la Justicia, en comparación con otros inculpados que no se hayan comportado del mismo modo; supuesto en el que todos ellos pueden quedar injustamente igualados, por resultar improcedente la revisión para los primeros en atención a que su pena concreta sea realmente imponible conforme a la nueva ley, mientras que los otros se vean igualados por un ser su pena inalcanzable y, por ello, revisable, 2) Cualquier otra interpretación supondría un tratamiento discriminatorio respecto de los penados cuya sentencia no sea firme, para quienes sí está previsto una adaptación a la nueva legalidad en la disposición transitoria tercera de la L. O. 1/2015 y mostraría que el único sustento de la diferenciación fuera que unas causas hubieran tenido una tramitación más rápida y 3) La proporcionalidad, que aunque sea un principio no expresamente recogido en la Constitución, conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial, tiene vigencia en nuestro sistema jurídico penal y debe manifestarse tanto frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, como ante el juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena (STS 976/2011, de 21.9, 564/2012, de 5.7 o 290/2013, de 16.4). De esta manera, se permitiría la individualización de la pena cuando, por cualquier razón, los criterios o principios sobre la imposición de la misma resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad.

(...) Lo expuesto determina la improcedencia del recurso, pues no sólo la pena que en su día se impuso al recurrente es pena imponible conforme a las nuevas previsiones del Código Penal, sino que si la pena se contempla desde el nuevo redactado, se ajusta plenamente a las circunstancias de los hechos que fueron sentenciados, mos-

trándose de adverso plenamente inadecuado que la comisión de la estafa por el acusado y su reiteración, se saldara con el banal incremento de pena que propone el recurrente de 1 solo día de prisión y 15 euros más de multa.

(STS 346/2016, de 21 de abril)

ARTÍCULO 101 CP

Internamiento en centro psiquiátrico: la medida de internamiento en centro es aplicable cuando se comete un delito con pena privativa de libertad, exista una recomendación terapéutica que acredite su validez y sea necesaria su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social

Como ya se ha destacado en reiteradas resoluciones de esta Sala, la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, pues no sólo contemplan la imposición de una pena en supuestos de perpetración de una infracción penal, sino que prevén la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales cuando el sujeto activo del delito presenta determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad de reiteración y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales (SSTS 345/2007, de 24-4, 1019/2010, de 2-11 o 124/2012, de 6-3). Unas medidas de seguridad que «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 del Código Penal), pero con sujeción en todo caso, al principio de legalidad, en la medida en que el artículo 1.2 del texto punitivo dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley».

La jurisprudencia de esta Sala (STS 603/2009, de 11 de junio, entre otras) ha destacado también que el respeto de la previsión legal impone la concurrencia de tres exigencias ineludibles para la imposición de una medida de seguridad, más concretamente: A) La comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 Código Penal); B) La condición de inimputable (arts. 101.1, 102.1, 103.1 y 105 Párrafo 1) o semi-imputable (art. 99 y 104) de su autor y C) La acreditación de una probabilidad de comisión de nuevos delitos por el mismo, es decir, la apreciación de una objetiva peligrosidad delictiva del autor, que –como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de– resulta oportuno evaluar desde un doble juicio: i) el diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado (art. 6.1 del Código Penal), pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido y ii) el pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2.º del Código Penal.

No obstante, para la concreta imposición de la medida de seguridad de internamiento, por su naturaleza privativa de libertad, viene a añadirse la exigencia de que el delito cometido tenga asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1) y que se justifique tal privación. Una justificación que exige el mayor compromiso valorativo del juez, considerando la constante doctrina constitu-

cional que impone un deber reforzado de motivación en todos aquellos supuestos en los que el pronunciamiento judicial afecte a derechos fundamentales (SSTC 86/1995, 128/1995, 62/1996, 170/1996, 175/1997 ó 200/1997 entre muchas otras) o cuando la resolución atañe «de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico» (STC 81/1997, con cita STC 2/1997).

Debe destacarse también que esta valoración ha de realizarse desde la ponderación de los dos elementos que pueden constitucionalmente legitimar la adopción de la medida de internamiento que se analiza, esto es, la existencia de una recomendación terapéutica o educativa que muestre la mejor validez del internamiento para la búsqueda de la salud, la rehabilitación o la reinserción social del delincuente por un lado y, por otro, la necesidad fundada de su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social, en atención a la propia peligrosidad del autor del delito (SSTS 345/2007, de 24-4 y 124/2012, de 6-3). Ambas razones son contempladas en el texto punitivo (art. 101.1, 102.1, 103.1 CP) al facultar el internamiento de incapaces o semi-incapaces, cuando «fuera necesario», habiendo declarado el TEDH (sentencia TEDH de 24 de octubre de 1979 –caso Winterwerp–, reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 –caso X contra Reino Unido– y de 23 de febrero de 1984 –caso Luberti–) que la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e del CEDH, siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988, 129/1999, de 5-7), que se concretan en: a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y c) Dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

Es evidente que la legitimación del internamiento pasa así por la evaluación judicial de cada caso concreto, lo que entraña apreciar si concurren motivos que justifiquen la privación de libertad y si coexisten con circunstancias que muestren la conveniencia de su adopción. Y si la justificación terapéutica del internamiento descansa en la mayor parte de las ocasiones en que el internamiento facilite, en mejor medida que una atención ambulatoria, una actuación médico-asistencial que favorezcan la curación o la reinserción del enfermo o que prevenga la realización por su parte de actos autolesivos, la justificación preventivo general no sólo precisa que el padecimiento psíquico haya sido determinante en la comisión de la acción delictiva ya perpetrada (diagnóstico), sino la realidad de un pronóstico que debe conjugar, tanto la probabilidad de reiteración de crisis semejantes, como el riesgo de que confluyan de nuevo en graves ataques a bienes jurídicos de singular valor y protección. En todo caso, una justificación del internamiento así analizada, debe además venir acompañada de una ponderación de necesidad, entendida como la adecuada correspondencia entre la limitación del derecho a la libertad que va a imponerse al afectado por un lado y la potenciación que puede lograrse de los beneficios que justifican el internamiento, en confrontación con la satisfacción de estos beneficios que se obtendría dispensando un tratamiento psiquiátrico de un modo menos lesivo para los derechos individuales de enfermo.

Ciertamente, en el caso enjuiciado, no es la indicación terapéutica la que sirve de justificación para el necesario internamiento que el recurso sostiene, pues el relato fáctico de la sentencia de instancia –que ha de ser respetado en virtud del cauce casacional elegido– describe que «Encarna se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio»; lo que el Tribunal de instancia complementa con su juicio valorativo de los informes periciales (FJ 5), indicando que tales dictámenes «no permiten afirmar de forma tajante que con medicación la ideación paranoide desaparezca, que realmente no se sabe si es así, o simplemente con dicha medicación el enfermo lo que controla son sus impulsos logrando inhibir un comportamiento que en el caso de la acusada han llegado a ser violentos».

Tampoco descansa la decisión de internamiento en la necesidad de prestar protección a la acusada respecto de sus propios comportamientos. Los brotes psicóticos que sufre no conducen a conductas autolesivas, sino peligrosas para terceros; lo que el Tribunal plasma en sus hechos probados indicando que la enfermedad entraña «interpretaciones delirantes de perjuicio» y que «El acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante...». El convencimiento se alcanza desde la consideración del informe pericial de los doctores Srs. Jesús y Leovigildo, que dictaminaron que los delirios son de contenido persecutorio, referencial y de perjuicio (como sufrir envenenamiento, difamación, insultos, amenazas, violación o suplantación) y de la psiquiatra penitenciaria, que sostiene no sólo una realidad psicótica «con contenido de perjuicio por parte de los demás», sino que añade que se conduce como una «angustia por sentirse amenazada que le lleva a conductas de riesgo».

Es pues una razón preventivo general, o de protección colectiva, la que reclamaría –y así lo sostiene el recurso– que deba adoptarse la medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico adecuado al tratamiento de la acusada y que deba anularse la decisión del Tribunal de instancia que optó por someterla a un tratamiento ambulatorio con control trimestral y a la medida de seguridad añadida de custodia familiar.

Y la pretensión debe ser acogida por la Sala, pues por más que la opción entre las medidas de seguridad corresponda al Tribunal de instancia, la decisión ha de ajustarse a los criterios rectores de la discrecionalidad judicial a los que se ha hecho referencia, pudiendo la casación revisar el pronunciamiento, no sólo cuando se haya adoptado una medida de seguridad inadmisibles o manifiestamente arbitraria, sino además en todos aquellos casos en los que se hayan tenido en consideración factores de la individualización incorrectos.

(...) Así pues, la justificación del internamiento en centro adecuado para el tratamiento psiquiátrico de la acusada, como mecanismo que compatibilice sus intereses sanitarios y la seguridad colectiva, no sólo descansa en este caso en la constatación –ya expuesta– de que la acusada perpetró un grave ataque contra la vida de una persona por una ideación delirante y de perjuicio y que es susceptible de reproducirse por no tener cura su padecimiento psiquiátrico, sino porque confluye con un marcado pronóstico de poder reiterarse de manera igualmente violenta. Su historial médico muestra plurales episodios de descompensación psicótica en los últimos años, todo ellos acompañados de una falsa ideación de perjuicio, que desembocan en una reacción agresiva que la acusada vive con gran frialdad, según el dictamen pericial de la psiquiatra penitenciaria y que el Tribunal de instancia refleja en el propio relato fáctico con expresiones de «reacción incontrolada e incontrolable» o «careciendo de capacidad de control de sus actos».

Y en referencia a la necesidad de la medida, debe observarse que si bien la medicación actual ha normalizado su comportamiento, existen tres elementos que pueden revertir la situación y conducir a una descompensación de riesgo: 1) La inobservancia del tratamiento; 2) Una eventual insuficiencia sobrevenida de la pauta farmacológica actualmente prescrita, que en el caso enjuiciado se representa objetivamente factible a la vista de los plurales cambios de medicación y dosis introducidos en el tratamiento de la acusada y reflejados en el historial médico que la sentencia destaca en su tercer fundamento jurídico y 3) La influencia como desencadenantes de descompensaciones psicóticas que pueden tener otros factores externos, aún a pesar de una suficiencia farmacológica previa, como es el caso de las situaciones de estrés a las que hace referencia el informe pericial psiquiátrico-penitenciario. Todos estos elementos de descompensación probable, evidencian que el internamiento es el único instrumento que permitirá la detección, el tratamiento y la superación de futuros nuevos brotes psicóticos que pudieran llegar a producirse, sin riesgo colectivo alguno; sin que el tratamiento periódico-ambulatorio externo y la custodia familiar, alcancen a conjurar el riesgo de descompensación incontrolada y de la reiteración delictiva que puede acompañarle, pues no sólo no definen quién y cómo se garantiza que la medicación se administre con la periodicidad indicada, ni como se solventarán las eventuales descompensaciones que pudieran sobrevenir entre los momentos en los que la medicación haya de ser suministrada o entre las visitas psiquiátricas (caso de que la medicación se administre por simples prácticos), sino que las deficiencias no pueden compensarse con la fijación de la medida de seguridad de custodia familiar, pues no se ha evaluado si hay alguien en condición y voluntad de desempeñarla, no se prevé tampoco cómo habría de ejercerse y, fundamentalmente, se ha constatado su ineficacia, considerando para ello que la estructura familiar de soporte ha resultado inoperante ante los abandonos voluntarios de la medicación por la acusada y que su padre declaró –y la sentencia de instancia lo recoge expresamente en su fundamento jurídico quinto–, que no notó nada anormal en su hija, cuando subió al piso inmediatamente después de ejecutar su ataque.

(STS 728/2016, de 30 de septiembre)

ARTÍCULO 177 BIS CP

Trata de seres humanos. Concepto de trata. Elementos. Delitos contra los trabajadores: explotación de prostitutas en clubs de alterne: situación asimilada a la relación laboral: aplicabilidad del tipo penal

Los elementos que se derivan de la citada definición convencional, traspuesta a nuestro art. 177 bis del Código Penal, resultan ser para el tipo básico: a) La acción consiste en un comportamiento objetivo definido como captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar personas, con cualquiera de las finalidades establecidas. b) El empleo de determinados medios que se precisan, como son el empleo de violencia, intimidación o engaño; el abuso de una situación de superioridad o de necesidad, o de la vulnerabilidad de la víctima. El empleo de los medios descritos hace irrelevante el consentimiento de la víctima (núm. 3 del precepto). En todo caso, cabe señalar que el núm. 2 del art. 177 bis excluye además la relevancia de los medios comisivos cuando las acciones se llevan a cabo respecto de menores de edad y con fines de explotación, supuesto que nos ocupa. c) El elemento subjetivo del delito está constituido por las

finalidades típicas, concretadas a la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad (supuestos de trata para explotación laboral); la explotación sexual, incluida la pornografía (supuestos de trata para explotación sexual); y la extracción de sus órganos corporales. Dado que se trata de una figura de mera actividad, se consuma cuando se cumple la acción típica, con independencia de que se haya o no producido la situación de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos. El art. 177 bis. 2 recoge una figura específica cuando se lleva a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación por cualquiera de las acciones indicadas en el art. 177 bis.1 CP, aún cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados por este último precepto. Así, el número 4. b) comprende un subtipo agravado por razón del sujeto pasivo, si la víctima es menor de edad, que debe apreciarse en este caso, aclarando que, por «niño/a», se entenderá toda persona menor de 18 años. Tal como expuso el Ministerio Fiscal en el trámite de informe en el acto del juicio oral, debemos distinguir la inmigración ilegal transnacional que no conlleva la finalidad de la explotación, de la trata de seres humanos que implica la explotación, y además hay que matizar que en la primera existe consentimiento, y en la segunda, o no existe o se obtiene de forma viciada, y a ello se ha de unir la problemática añadida que muchas veces se da cuando la víctima no es consciente de que está siendo objeto de trata. Se sigue diciendo que con este delito se ataca directamente la dignidad y libertad de las víctimas, se las cosifica, y en concreto, tratándose de menores de edad, los medios comisivos (violencia, etc.) son irrelevantes y conforme al artículo 177 bis apartado 9.^a, la pena se impondrá sin perjuicio de los delitos efectivamente cometidos, tratándose de un delito de mera actividad. La misma ley 5/2010 modificó el artículo 188 del Código penal, y en concreto en su apartado 2 condena al que induzca a la prostitución a una persona menor de edad. Así, el artículo 188.1 en su primer párrafo castiga al que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. En su párrafo segundo establece la misma pena para el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. El apartado 2 del artículo 188 incluye un subtipo agravado relativo a cuando las mencionadas conductas se realizan sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución. Se ha calificado como concurso medial, siguiendo el criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014, (STS n.º 53/2014), que vino a analizar la situación concursal entre ambos tipos delictivos, art. 177 bis, trata de seres humanos con fines de explotación sexual y art. 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la trata, exponiendo lo siguiente: «... el párrafo nueve del art. 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art. 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues 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. Pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se trata de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como trata de seres humanos, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos

previstos en el párrafo primero del precepto. En consecuencia, 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. Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial».

Ciertamente, en los hechos probados se recoge una conducta de transportar y trasladar a las menores con un fin de explotación sexual, que efectivamente se produjo, concurriendo la agravación de que las víctimas son menores, por lo que ha sido correcta la aplicación de los tipos delictivos de los arts. 177 bis, 188.1 y 2 CP en concurso medial tal como ha sido apreciado por la Sentencia recurrida.

Las razones expuestas por el Tribunal de instancia para explicar la subsunción típica realizada son acordes con la jurisprudencia de esta Sala, a la que también se hace referencia en dicho razonamiento.

Efectivamente, las Sentencias 827/2015, de 15 de diciembre y 53/2014, de 4 de febrero, recuerdan que el apartado segundo del art. 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), se consideraran trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Esta norma procede del art. 3.º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo: a) Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años. El artículo 177 bis del Código Penal fue introducido por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese mismo año. En la Exposición de motivos se expresaba: «El tratamiento penal unificado de los delitos de

trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos. Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren.

Como se señala por el Tribunal de instancia, en este precepto se castiga la trata de seres humanos, enumerando como conductas típicas la captación, el transporte, el traslado, el acogimiento, la recepción o el alojamiento, habiéndose incluido por la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, el intercambio o transferencia de control sobre esas personas. Se exige la concurrencia de distintas finalidades, entre ellas la de explotación sexual, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Si bien en su apartado segundo se dispone que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. La descripción típica prevé que la conducta se ejecute en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella. En el apartado cuarto se dispone que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero cuando la víctima sea menor de edad y en el apartado noveno se dispone que, 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.

(STS 270/2016, de 5 de abril)

ARTÍCULO 241 CP

Robo en casa habitada o en sus dependencias: características que debe tener la dependencia para considerarse casa habitada. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda TS de 15-12-2015: los garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características de contigüidad, cerramiento, comunicabilidad interior o interna y unidad física

Proyectado sobre el caso de los garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, debe concluirse que le son predicables las circunstancias que sustentan la especial protección de las dependencias de casa habitada:

– incremento del posible riesgo para las personas moradoras de las diversas viviendas del edificio donde el garaje se ubica, dada su inmediata proximidad y posibilidad de coincidencia en el curso de la perpetración delictiva; tratándose además del emplazamiento de todo el inmueble donde más desprotegidos se encuentran los moradores;

– potencial afectación a su intimidad, no solo por la inmediata proximidad del domicilio, sino por estar necesariamente conectada con la intimidad domiciliaria, a modo de prolongación de la misma, por la necesaria exhibición de horarios de llegada y salida, paquetes y bultos que se portan o quiénes fueren los acompañantes; que en el uso normal del garaje restan reservados para quienes no tienen acceso autorizado al mismo.

(...) Consecuentemente, y como se concluyó en el Pleno de esta Sala Segunda de 15 de diciembre de 2015, los garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:

- a) contigüidad, es decir, proximidad inmediata, absoluta, extrema o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;
- b) cerramiento, lo que equivale a que la presunta dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;
- c) comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la presunta dependencia; es decir, que medie, puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.
- d) unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación.

(STS 972/2016, de 21 de diciembre)

ARTÍCULO 252 CP

Apropiación indebida: distracción de dinero y relación con el delito de administración desleal

(...) las conductas consistentes en una actuación como dueño sobre dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, recibidos por alguno de los títulos mencionados en el precepto, se consideraban incluidos en el artículo 252, como distracción o como apropiación, y no en el artículo 295, que se aplicaría solo a los casos de actos de administración causantes de perjuicio en las condiciones previstas en ese tipo.

En la actualidad, ya vigente la reforma operada en el C. Penal por la LO 1/2015, la cuestión presenta otros perfiles. En la STS n.º 700/2016, de 9 de setiembre, con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo, se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253.

En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

(...) 1. El recurrente plantea dos cuestiones. De un lado, si el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero y el delito de administración desleal del artículo 295 pueden ser cometidos por omisión, dado que se trata de delitos de infracción de deber, concretamente del deber de lealtad para con el titular del patrimonio administrado. Esta configuración de este delito era posible respecto de la administración desleal del artículo 295 (STS n.º 765/2013, de 22 de octubre), y sigue siendo posible en la actualidad en relación con el artículo 252, en el que se hace una referencia expresa a la infracción de las facultades encomendadas para administrar un patrimonio ajeno, que contienen como reverso la obligación de administrarlo con lealtad para con su titular. Puede citarse a estos efectos, como referencia de las obligaciones del administrador, el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone: 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Completado por lo dispuesto en el artículo 228 y concordantes.

Con carácter general, la cuestión debe ser respondida afirmativamente, pues, desde el punto de vista teórico, los delitos de infracción de deber se cometen ordinariamente mediante la omisión del acto debido. La causación de un perjuicio, prevista en el tipo, puede tener lugar por una conducta tanto activa como omisiva. En la redacción actual del artículo 252, pudiera plantear algún problema interpretativo la expresión típica «excediéndose en su ejercicio», que parece referirse a una conducta activa. Sin embargo, en principio, las facultades para administrar comprenden tanto la posibilidad de adoptar una decisión de hacer como de no hacer. La decisión de no hacer es igualmente ejercicio de la facultad de administrar, puede considerarse un exceso, según el caso, y puede ser el origen del perjuicio.

Sin embargo, la cuestión no presenta la misma claridad en lo que se refiere al artículo 252 anterior a la reforma operada por la LO 5/2010. Pues aunque, como ya se dijo más arriba, una parte de la jurisprudencia, desde la STS n.º 224/1998, de 26 de febrero, entendía que en ese precepto se contemplaba una figura de administración desleal al estilo del artículo 266 del Código Penal alemán, otra parte, siguiendo una concepción más tradicional en España, sostenía que la conducta comprendida bajo el término distracción era similar a la recogida bajo la mención a la apropiación, aunque en relación con el dinero u otros bienes fungibles, en los que la obligación de entregar o devolver se cumplía con la entrega, no ya de lo recibido previamente, sino de otro tanto de la misma especie y calidad. Esta concepción entendía que solo así se justificaba la menor pena prevista en el artículo 295 para las conductas previstas en él, que no implicaban una actuación como dueño sobre el bien, sino solamente una administración caracterizada por el abuso de facultades y por una deslealtad que ocasionaba un perjuicio en la forma descrita en el tipo. En la STS n.º 462/2009, 12 de mayo, ya citada más arriba, se recordaba que se han propugnado diversas pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos, y en relación con el artículo 295 se decía que, según uno de esos criterios, las conductas descritas en este artículo reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos

apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves –de ahí la diferencia de pena– que los contemplados en el art. 252 del CP.

(STS 906/2016, de 30 de noviembre)

ARTÍCULOS 254 Y 432 CP

Malversación de caudales públicos: evolución de la naturaleza jurídica de las Cámaras de la Propiedad Urbana: en especial en su fase liquidación. Apropiación indebida: hacer suyo dinero recibido sin causa en cuenta corriente y procedente de ente público, amparándose esa conducta en la nueva redacción del art. 254 CP modificado por la LO 1/2015

Sostiene el recurrente que en su actuación no puede hablarse de que nos encontremos ante un procedimiento administrativo, ni de que sus actos debieran regirse por normas administrativas, faltando por ello el elemento propio del delito de prevaricación de dictarse una resolución por autoridad o funcionario público en asunto administrativo y objetivamente contraria al derecho.

Sintéticamente, el recurso expresa que el Real Decreto-ley 8/1994, de 5 de agosto, suprimió las Cámaras de la Propiedad Urbana como entidades de derecho público. Y añade, por otro lado, que el Decreto 15/2006, de 31 de enero, sobre régimen y destino de personal y patrimonio de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (Boletín Oficial del País Vasco de 21 de febrero de 2006), señalaba en su Disposición Adicional Segunda que: «1. Los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Alava, Bizkaia y Gipuzkoa, quedarán disueltos a partir de la entrada en vigor del presente Decreto. 2. Durante la realización del proceso de liquidación, el departamento de la Vivienda y Asuntos Sociales asumirá todas las funciones hasta ahora atribuidas a sus órganos de gobierno. A tales efectos, mediante Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, se nombrará a un representante delegado en cada una de las Cámaras, que asumirá dichas funciones», lo que se saldó –continúa el recurso– con el nombramiento del recurrente como representante delegado en la Cámara de la Propiedad Urbana de Vizcaya (Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales del País Vasco de fecha 22 de febrero de 2006) y suponía –según sostiene el alegato– que el recurrente asumía las funciones de los órganos de gobierno de las Cámaras, esto es, las recogidas en los artículos 11 y 12 del Decreto 312/1988, de 27 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana del País Vasco, entre las que se encontraba: la posibilidad de nombrar y separar empleados (art. 12.4); la de adquirir bienes (art. 12.5) o la de aprobar gastos (art. 12.6).

El motivo debe ser desestimado. Las Administraciones Públicas pueden ser muy diversas y presentan una tipología plural. El artículo 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente hasta el 2 de octubre de 2016 y operativo a la fecha en que los hechos tuvieron lugar), establecía que se entiende por Administraciones Públicas a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integran la Administración local, y, en lo que nos ocupa, a las «Enti-

dades de Derecho Público con personalidad jurídica propia» que estén vinculadas o sean dependientes de cualquiera de las anteriores.

En el mismo sentido, la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 2.3, dispone que tienen la consideración de Administraciones Públicas: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Dentro de las entidades de Derecho Público en régimen de vinculación o dependencia de las Administraciones Territoriales, se encuentran las corporaciones públicas de base privada (colegios profesionales, cámaras o cofradías), que actúan en ocasiones como Administración, con asignación de concretas potestades públicas con el objeto de que puedan gestionar algún preciso interés general (como pudiera ser el turno de oficio de los abogados o el turno de guardia de las farmacias), pero que en otros supuestos operan como la pura reunión de particulares encaminada a la defensa de sus propios intereses, manteniéndose económicamente de las aportaciones de sus miembros. Una singularidad que es la base de la dualidad de su régimen jurídico, pues cuando la agrupación de profesionales pretende satisfacer los intereses de todos ellos, el régimen jurídico será el derecho privado (Civil o Mercantil) y, por el contrario, cuando pretende tutelar parcelas concretas de interés general (como los acuerdos referentes a la asistencia jurídica gratuita prestada por los colegios de abogados o procuradores) el régimen jurídico que se les aplica es el del derecho público, esto es, el Derecho Administrativo, reclamando por ello una serie de normas rectoras específicas. Las Cámaras (de Comercio, Agrarias o de la Propiedad) personifican por tanto uno de los más paradigmáticos ejemplos de corporaciones públicas.

Uno de los rasgos más llamativos de las corporaciones de derecho público, era la obligatoriedad legal de que pertenecieran a ellas todos los sujetos que participan en el sector que les hiciera referencia. Una obligatoriedad que chocaba con la faz negativa (no asociarse) del derecho a libertad de asociación recogido en el artículo 22.1 de la Constitución y que motivó una doctrina Constitucional que ha venido declarando que: 1) La adscripción obligatoria a corporaciones públicas es un supuesto excepcional respecto del principio esencial de libertad, siendo únicamente exigible cuando exista un fin que constitucionalmente lo legitime y 2) Los criterios para determinar si una asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, supera el adecuado control de constitucionalidad, son que: a) La adscripción forzosa no puede ir acompañada de una prohibición paralela de asociarse libremente (no puede ser en régimen de exclusividad); b) El recurso a esta forma de agrupación social creada ex lege no puede convertirse en regla general sino que tiene que mantener su excepcionalidad; c) La importancia de las funciones públicas atribuidas debe justificar su creación y d) Debe percibirse la imposibilidad, o al menos la patente dificultad, de atender a los indicados fines públicos por otro cauce distinto del de la pertenencia obligatoria a la corporación.

Dentro de este contexto constitucional y normativo, las Cámaras de la Propiedad Urbana han experimentado una llamativa evolución desde una clara naturaleza administrativa, como corporaciones de derecho público, hasta su extinción como tales y la posterior creación de otras entidades de base puramente asociativa (y por tanto ya no públicas) que existen en la actualidad.

(...) Lo expuesto refleja el proceso de extinción de las Cámaras de la Propiedad Urbana como corporaciones públicas de base privada, pero reflejando claramente que el proceso de liquidación no sólo es el resultado de que las funciones de la entidad quedaban inactivas y, por ello, no podían dar lugar a la asunción de nuevas obligacio-

nes de gestión ordinaria, sino –además– que precisamente porque confluían en las extintas Cámaras la gestión de intereses públicos y privados, su proceso liquidador quedaba sujeto a la tutorización de la Administración Autonómica y al específico régimen jurídico que regula su actuación. Lo que se plasmó claramente en la disposición adicional segunda del Decreto que invoca el recurso, que expresamente recogía: 1) que los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa quedaban disueltos desde la entrada en vigor de la publicación del Decreto (el 1 de febrero de 2016); 2) que durante la realización del proceso de liquidación, el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales asumiría todas las funciones hasta entonces atribuidas a los órganos de gobierno de la Cámara y 3) que mediante Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, se nombraría un representante delegado en cada una de las Cámaras que asumiría las funciones y que para Vizcaya resultó ser el acusado Jacinto, por Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales de 22 de febrero de 2006.

De este modo, puede apreciarse que concurren todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo penal aplicado.

(...) En la redacción vigente a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar, el artículo 254 del CP sancionaba al que «habiéndolo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución». La jurisprudencia de esta Sala tiene recogido que la consumación del delito tenía lugar en el momento de la incorporación al patrimonio por el beneficiario del dinero o bienes recibidos y –en aquellos supuestos en los que el ingreso pudiera no haber sido advertido por el titular de la cuenta– cuando el beneficiario se perciba del erróneo cobro y no procedía a la devolución (SSTS 1416/04, 2-12 o 677/08, de 4-11). La exigencia de que la recepción de los fondos derivara de un error del transmitente, debe ser entendida como un elemento negativo del tipo, en el sentido de no existir título o razón de cobro y que la posesión respondiera a una indebida entrega, dándose así entrada a una protección penal de los cuasicontratos del artículo 1.895 de CC, cuando confluía con la voluntad de apropiarse o hacer propios los bienes, pues no puede eludirse que conforme a la legislación entonces vigente, el precepto que analizamos se complementaba con otros dos tipos penales: el artículo 252, que sancionaba entonces los supuestos de apropiación cuando se producía un quebranto del deber de custodia, y el artículo 253, que sancionaba los casos de incorporación al patrimonio de bienes perdidos no susceptibles de ocupación.

(...) En todo caso, la reforma operada por LO 1/2015 suscita la cuestión de si hechos de semejante naturaleza pudieran haber quedado despenalizados. El delito de apropiación indebida tiene actualmente asiento en el artículo 253 del Código Penal, en el que se castiga a «los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido». La sanción en el artículo 254 del CP a aquellos que «fuera de los supuestos del artículo anterior se apropien de una cosa mueble ajena», entraña acoger todos los comportamientos en los que la apropiación se realiza sin un quebranto del deber de custodia, esto es, los casos de apropiación de bienes perdidos no susceptibles de ocupación (anteriormente contemplados en el artículo 253) y la apropiación de bienes erróneamente entregados (anterior artículo 254). Pero la cuestión que se suscita es si al referirse exclusivamente el artículo 254 a cosas muebles ajenas (el código penal derogado hablaba de dinero y cosas muebles) supone que queda fuera de la protección penal la apropiación del dinero, efectos y valores, cuando no

haya un quebranto de deber de custodia y se reciban sin título posesorio habilitante, esto es, si a estos efectos el dinero es un objeto material sustancialmente diferenciado de las cosas muebles.

Nuestra Sentencia 403/15, de 19-6, se posicionó en el sentido de entender que en la tipología del nuevo artículo 254 del Código Penal quedaban englobadas conductas anteriores tales como la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido, así como la recepción indebida y posterior apropiación del dinero remitido por error del transmitente, o aquellos supuestos en los que se negare la recepción del dinero indebidamente recibido, o en los que –comprobado el error– no se procediera a la devolución del dinero. Declaramos entonces que el precepto se configuraba como un tipo penal residual y subsidiario respecto a la estricta apropiación indebida del actual 253 del Código Penal, justificándose su aplicación exclusivamente por la ausencia de un título jurídico posesorio de los recogidos en la tipología del tipo básico; un posicionamiento que se reiteró en nuestra Sentencia 791/15, de 30-6, que nuevamente entendió que la apropiación del dinero recibido sin título, tenía su encaje en la nueva regulación dada al artículo 254 del Código Penal.

La lectura interpretativa responde a la consideración de bien mueble que se da al dinero en los artículos 333, 334 y 335 del Código Civil, pues el Código Civil considera que es bien mueble todo aquello que sea susceptible de apropiación y transporte, cuando –como ocurre con el dinero– no esté especialmente catalogado como bien inmueble en el artículo 334 del Código Civil. No obstante, el cuestionamiento de si la recepción y apropiación del dinero que se reciba sin título posesorio puede estar englobada o no en el tipo penal del artículo 254, deriva de una doble consideración: De un lado, la propia descripción de conductas realizada en nuestro código penal, pues mientras que el artículo 253 habla de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, el artículo 254 sólo contempla los comportamientos no incluidos en el artículo anterior y que recaigan sobre cosas muebles. En segundo lugar, es constatable que nuestro código penal no utiliza un concepto de bien mueble siempre equivalente al establecido en nuestro código civil. Buen ejemplo de ello son los árboles o la mayor parte de elementos que se incorporan de manera definitiva a los bienes inmuebles, los cuales tienen la consideración de bienes inmuebles conforme con el artículo 334 del Código Civil y son claramente susceptibles de robo o de hurto conforme a la Jurisprudencia de esta Sala.

Lo expuesto sugiere la posibilidad de que la diferenciación de objetos incorporada en el artículo 253 y la exclusión de algunos de ellos (concretamente el dinero) en el artículo 254, responda a una voluntad legislativa de otorgar al dinero un tratamiento penal diferenciado en los artículos 253 y 254, con independencia de la consideración como cosa mueble que pueda dar al dinero el derecho civil.

Tal interpretación debe ser expresamente rechazada. Nuestro código civil no ofrece una definición del dinero, si bien la doctrina destaca que del artículo 1.170 del Código se deducen tres categorías fundamentales del dinero: el dinero como especie pactada; el dinero como deuda obligatoria y, por último, el dinero en su acepción de moneda que tenga curso legal en España. Que el artículo 254 del CP no contemple expresamente al dinero, no supone que el precepto deba interpretarse en el sentido de que sólo los bienes muebles (en el sentido de bienes apropiables y trasladables) sean susceptibles de protección pues, de un lado, tal alcance resulta contrario al contenido tradicional del precepto, sin que el legislador expresara en la exposición de motivos de la LO 1/2015 ninguna voluntad o razón de alteración del alcance sustantivo de este tipo penal y, por otro lado, no concurre ninguna justificación que conduzca a una mayor protección de la moneda o dinero de curso legal, que al llamado dinero bancario, esto es, la deuda bancaria obligatoria derivada de la anotación en cuenta de los

créditos como depósitos de clientes prestatarios, con un respaldo parcial indicado por el coeficiente de caja de la entidad.

(STS 944/2016, de 15 de diciembre)

ARTÍCULOS 270 Y 271 CP

Delito contra la propiedad intelectual: el mero enlace en internet a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad

Denuncia en el segundo motivo un error de derecho por la indebida aplicación, al relato fáctico, del art. 270 del Código penal y 20 de la ley propiedad intelectual. Argumenta que «la sentencia yerra al considerar que los enlaces constituyen una puesta a disposición para ser visionadas o leídas» y esa afirmación la apoya en la sentencia de esta Sala que anuló la anterior de la Audiencia sobre este mismo objeto. Concretamente recoge de la STS 638/2015, de 27 de octubre, la siguiente frase que entrecomilla de forma parcial «los enlaces aunque sean actos de puesta a disposición no son actos de comunicación pública en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieren la autorización de los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial».

La frase, así acotada por el recurrente, sirve de apoyo a su pretensión, pero lo cierto es que a la frase le falta, para dotarla del sentido preciso, otra en su inicio y otra al final. La del inicio: «Un enlace sí es un acto de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del público». Y al final: «No existe público nuevo, por ejemplo, cuando los titulares de derechos sobre la obra enlazada habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los internautas».

Contextualizada la frase que el recurrente acota, lo que resulta de la misma es opuesto al sustento de la impugnación. El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares. En el caso de la sentencia impugnada, una vez corregida en aspectos esenciales en virtud de lo ordenado en la anterior sentencia de esta Sala, declara probado que los periódicos aparecían en la web en su versión en papel impreso, las cuales, sólo se podían obtener abonando el precio de su importe o suscribiendo su recepción en las plataformas como ORBYT y Kiosco y Mas. Es decir, lo que excluimos en la anterior Sentencia es que en los términos en que aparecía redactado el relato fáctico, no se configuraba la acción como típica en la medida en que se recogían en la web medios de comunicación respecto a los que no se conocía, porque no lo decía el relato fáctico, si iban dirigidos a un «público nuevo», en los términos a los que se refiere la Sentencia Svensson, STJUE de 13 de febrero de 2014. Desde el anterior relato fáctico se ignoraba si el público que accedía a la página de los acusados en la que recogían los periódicos y revistas, tenía acceso a los mismos medios por otras vías también por Internet, porque los titulares de los referidos medios los habían puesto a disposición de los internautas a través de sus ediciones digitales. Por lo tanto, si la obra ya era conocida por los usuarios, o potencialmente la podían conocer de manera libre, la mera acción de simplificar el acceso, no constituía el acto de comunicación pública que se integra en la tipicidad del art. 270 del Código penal. Por el contrario, sí lo integra cuando lo que se realiza es el acceso a un público nuevo de los contenidos protegidos obviando

las condiciones de acceso dispuestas por los titulares. El relato es claro al expresar que los contenidos protegidos eran de acceso mediante el abono del importe del ejemplar escrito o el abono a las plataformas de comunicación que se relatan en el hecho probado. La conducta de los acusados incorporando a su página los contenidos íntegros de titularidad aunque sin autorización de sus propietarios hace procedente la subsunción en el delito contra la propiedad intelectual.

En la conformación de la tipicidad ha de ponerse el acento en lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina «público nuevo». Es por ello que en la anterior sentencia de esta Sala se instó del tribunal de instancia un esclarecimiento de estos apartados fácticos precisos para la subsunción, y el tribunal de instancia lo ha realizado, delimitando el ámbito de la propiedad intelectual, las revistas, periódicos y libros difundidos por los acusados, y la supresión de las condiciones de acceso y disfrute de la obra protegida impuestas por su titular, en un apartado que no es objeto de discusión en la sentencia por la vía procedente.

Este tribunal no alberga duda alguna sobre la tipicidad del relato fáctico en el art. 270 del Código penal y la observancia de la normativa europea interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las cuestiones que el recurrente señala que han sido planteadas por órganos judiciales de la Unión Europea parten de un hecho relevante, que el acceso sea libre para el público en general. En el caso de esta casación, el acceso, nos dice el relato fáctico, no es libre sino que se realiza por el abono de la edición impresa o el abono o suscripción a las plataformas en las que los titulares las alojan para su visionado y lectura. No se trata de facilitar, en el sentido de favorecer, el acceso a una obra ya publicada libremente por su titular, sino el de obviar los presupuestos de uso de la obra, mediante el escaneado en la página web.youkioske.com del contenido protegido para su comunicación pública en condiciones no dispuestas por el titular.

(STS 920/2016, de 12 de diciembre)

ARTÍCULOS 320 Y 398 CP

Delitos sobre la ordenación del territorio: funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial. Comisión por omisión. Falsedad documental: simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad

1. La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado la relación existente entre el delito de prevaricación del artículo 404 y el de la llamada prevaricación urbanística del artículo 320. Aunque en ambos casos sean aplicables consideraciones relativas al bien jurídico protegido, a la condición del autor, a la arbitrariedad de la actuación administrativa de que se trate y a la actuación «a sabiendas de la injusticia», ha señalado también la existencia de algunas diferencias. En la STS n.º 497/2012, de 4 de junio, partiendo de que, en el caso del art. 320 CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), se afirmaba que «mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste

en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003, 1658/2003 o 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves».

(...) 2. La Audiencia, en una elaborada sentencia, considera que la conducta del recurrente, al informar favorablemente la concesión de la licencia de obras, constituye prevaricación urbanística por dos razones: en primer lugar, porque omite informar acerca de la ilegalidad de la actividad pretendida, sabiendo que la normativa vigente no permitía otros usos que los relacionados con el desarrollo industrial de la zona, lo que no era predicable del destino de la construcción a supermercado; y, en segundo lugar, porque informa favorablemente a pesar de que no se había concedido, antes ni al mismo tiempo, la licencia de actividad. Ambos aspectos deberían haber determinado un informe desfavorable.

La primera cuestión que debe ser resuelta, por lo tanto, es si el recurrente debía informar sobre ese aspecto, o si actuaba conforme a Derecho limitando su informe a los aspectos relativos a la construcción, dejando esos otros temas, relativos a los usos permitidos, para la tramitación de la licencia de la actividad. Más exactamente, desde la perspectiva del delito de prevaricación, deberá establecerse si omitir consideraciones relativas a los usos permitidos en el terreno donde se pretendía realizar la edificación es contrario a Derecho de tal forma que no encuentre ninguna posibilidad de apoyarse en una interpretación de las normas realizada con arreglo a sistemas generalmente admitidos.

La existencia de dos departamentos administrativos, en el caso, dos concejalías responsables de la tramitación de las licencias de obras y las de actividad, respectivamente, es aceptada en la sentencia impugnada, en la que, sin embargo, se entiende que el recurrente estaba obligado a informar sobre la compatibilidad de los usos pretendidos en el Proyecto con la normativa urbanística.

(...) no puede considerarse absolutamente irrazonable que en la tramitación de la licencia de obras, el recurrente no considerase necesario informar acerca de los usos permitidos en el suelo donde se pretendía realizar la edificación, toda vez que ese aspecto iba a ser objeto de detenido análisis al tramitar la solicitud de la licencia de actividad. Y omitió consideraciones sobre esos aspectos, no solo en el informe que emitió sentido favorable, sino también en los dos que le precedían de sentido desfavorable.

Igualmente ha de valorarse que el recurrente, en el informe que la Audiencia considera prevaricador, explicitó que no se había concedido aun la licencia de actividad; que la licencia de obras no suponía autorización alguna para el desarrollo de ninguna actividad, y que seguía siendo necesaria la obtención de ésta. Aspectos que no solo fueron incorporados al acuerdo de concesión de la licencia de obras, sino que figuran igualmente en la licencia de primera ocupación, cuya finalidad es exclusiva-

mente comprobar si las obras realizadas se ajustaban al proyecto aprobado en la licencia.

Por lo tanto, dado que existían dos departamentos administrativos separados para la tramitación e información de las licencias de obras y de actividad; que el certificado de compatibilidad urbanística solo se emitía en el segundo caso; y que se refería expresamente, entre otros extremos, a la determinación de los usos permitidos, ello autoriza a entender que los otros informes, los relativos a las licencias de obras, no necesitaban incorporar a su contenido un pronunciamiento sobre ese extremo. Con más razón, si se entiende que, generalmente, como luego se dirá, la licencia de actividad será previa o simultánea a la concesión de la de obras, que lógicamente carecerá de utilidad para el solicitante si se deniega la primera.

Puede entenderse, por lo tanto, que una edificación determinada, en un lugar concreto, puede ser contraria a las normas urbanísticas en cuanto a su propia existencia, en los casos en los que no sea posible ninguna construcción, como ocurriría en el ejemplo del bosque protegido al que se hace mención en la sentencia de la Audiencia; en segundo lugar, tal edificación puede ser contraria a las normas por sus características físicas, en el caso de que no respete los límites o las condiciones fijados por las normas; o, en tercer lugar, aunque la edificación en sí misma pudiera ser autorizable, no lo son los usos a los que se pretende destinar, pues dependiendo de la calificación y clasificación del suelo, pueden estar estos limitados a unos determinados, o pueden algunos usos quedar totalmente excluidos.

Por lo tanto, de todo lo que se ha venido exponiendo se deduce que no puede afirmarse que sea absolutamente incontestable que el Arquitecto municipal responsable del área en la que se tramitan las licencias de obras tuviera en el caso la obligación legal inexcusable de informar igualmente acerca de la compatibilidad de la actividad pretendida con la normativa urbanística, cuando existía otro departamento que se ocupaba específicamente de esa cuestión, en el que otro arquitecto municipal debería informar concretamente sobre ese aspecto concreto, como se ha expuesto más arriba, por lo que, limitado su informe a los aspectos relativos a la construcción o edificación, su emisión como favorable no contravenía frontalmente las normas urbanísticas, pues en ningún momento se ha declarado probado que la edificación fuera ilegal, por sus propias características, con independencia del uso al que sus titulares pretendieran que fuera destinada.

(...) 1. Tal y como se decía, entre otras, en la STS n.º 990/2013, de 30 de diciembre, el delito de falsedad documental previsto en el n.º 4 del apartado 1 del artículo 390 del Código Penal de 1995 exige como elementos típicos objetivos, a) una narración mendaz. La mendacidad puede proceder de que lo que se expresa como correspondiente a la realidad, no lo sea. Y también de que lo que se omite, de haberse expresado, acarrearía una versión distinta de la situación respecto de la que el texto expreso sugiere por sí solo; b) que esa mendacidad tenga como soporte para su expresión un documento, en el sentido que a tal término da el artículo 26 del Código Penal, que sea de naturaleza pública; c) que el narrador sea un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, d) y, como hemos venido advirtiendo en la Jurisprudencia, que el desvío de lo narrado respecto a la realidad ocurra en alguno de los elementos de la narración que pueda considerarse relevante por afectar a las funciones propias del documento.

La mendacidad, o inadecuación a la realidad, ha de considerarse desde una perspectiva objetiva y no desde la percepción del sujeto activo, sin perjuicio de que el error de éste tenga su traducción en lo que concierne al elemento subjetivo del tipo.

Doctrina que es aplicable en su medida al artículo 398, en el que, a la fecha de los hechos, se disponía que la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigada con la pena de suspensión de seis meses a dos años.

2. En la sentencia impugnada se considera que el recurrente ha cometido un delito de falsedad al emitir un certificado de compatibilidad urbanística. El Tribunal sostiene que no se trata de un informe. Entiende el Tribunal de instancia que, además de la errónea fecha de su firma, que atribuye a un equivocación material, el certificado es mendaz en cuanto a su contenido, ya que afirma la existencia de un informe favorable a la compatibilidad, que ha resultado inexistente, y en cuanto al fondo del asunto, siendo, dice, totalmente falso que la solicitud de licencia de actividad fuese compatible con el uso posible en el lugar en el que se proyectaba la edificación (sic).

En primer lugar, ha de precisarse que, en un certificado, quien lo extiende se refiere a la existencia o inexistencia de una realidad anterior, sin realizar juicios acerca de cualesquiera aspectos de la misma. Por el contrario, en un informe, quien lo suscribe emite una opinión acerca del objeto sobre el que se informa. En el caso, la Audiencia entiende que el recurrente se limitó a certificar sobre algo existente. Por eso, no puede entenderse que el certificado sea falso respecto a la compatibilidad de la actividad pretendida con los usos permitidos en ese suelo.

La falsedad prevista en el apartado 4 del artículo 390.1, faltar a la verdad en la narración de los hechos, exige que lo que se reputa falso sea la consignación de un determinado hecho en el documento. Como se decía en la STS n.º 371/2016, de 3 de mayo, si bien de las opiniones cabe predicar corrección y acierto, o por el contrario incorrección o desacierto, nunca puede atribuírseles la condición de falsas ni de verdaderas. Esta cualidad solamente cabe predicarla de aquellos enunciados que constituyen asertos o negaciones de hechos, siendo verdaderos cuando lo dicho y lo existente en la realidad coinciden y falsos en caso contrario. De ahí, que la emisión de un informe en el que se hace constar el parecer del informante, aunque pudiera en algún caso (artículo 320.1 C. Penal) constitutivo de un delito de prevaricación, no lo sería de un delito de falsedad.

Por lo tanto, tratándose de un certificado, la falsedad solo se referirá a la coincidencia con la realidad de aquello cuya existencia certifica el funcionario. El examen del certificado, que esta Sala ha realizado al amparo del artículo 899 de la LECrim, permite comprobar que el recurrente afirmaba en él, según el informe de los servicios técnicos, que la actividad pretendida era compatible con los usos permitidos, cuando, en realidad, el informe que consta en las actuaciones, único cuya existencia ha sido acreditada, decía exactamente lo contrario. Falta a la verdad al certificar falsamente que los servicios técnicos han informado en un sentido determinado, cuando lo han hecho en el contrario. Con independencia de cómo se deban interpretar las normas relativas al contenido del certificado de compatibilidad urbanística lo cierto es que en el caso, el recurrente no informó que existiera compatibilidad, sino que certificó falsamente que el informe del técnico la afirmaba.

3. El recurrente niega la concurrencia del elemento subjetivo, que en el caso se concretaría en el conocimiento de que el informe del técnico municipal sostenía la incompatibilidad. Sin embargo, la pretensión no es atendible. Tal conocimiento surge sin dificultad, en primer lugar, del hecho de que en las actuaciones existe un informe negativo de compatibilidad que dio lugar a la emisión de un certificado que reflejaba su existencia y su sentido. Y consta igualmente un segundo certificado, ambos emitidos por el recurrente, en el que se certifica que el informe de los servicios técnicos es favorable a la compatibilidad. Además, la conclusión que surge del examen de esos documentos es corroborada por la declaración del testigo, el arquitecto municipal que emitió ese informe técnico, que ha afirmado, según se recoge y valora en la sentencia,

no solo que nunca emitió otro en sentido contrario, sino que declaró en el plenario, como esta Sala ha podido comprobar, al amparo del artículo 899 de la LECrim, que el recurrente le comentó que rectificaba el certificado porque consideraba que el primer informe estaba equivocado, de donde se desprende que era consciente de que certificaba en sentido contrario al contenido del informe emitido por el técnico municipal.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(...)1. El artículo 398 del C. Penal disponía a la fecha de los hechos que la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. En la actualidad, tras la reforma operada por la LO 7/2012 en el C. Penal, el citado artículo dispone que la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. Y excluye la aplicación de este precepto a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. Por su parte, el artículo 390.1 castiga con la pena de tres a seis años de prisión, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad, precisando en el apartado la modalidad consistente en 4.º Falta de la verdad en la narración de los hechos.

2. La cuestión relativa a la determinación de los casos en los que procede la aplicación de uno u otro precepto ha sido abordada en varias sentencias de esta Sala. Concretamente, en la STS n.º 277/2015, de 3 de junio, con cita textual de la STS 4/2015, de 29 de enero, se recuerdan las consideraciones y afirmaciones contenidas en anteriores resoluciones, encaminadas, desde la STS n.º 2001/2000, de 27 de diciembre, en el sentido de que lo más relevante es la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental, de forma que la aplicación del artículo 398 quedará reservada para los casos de menor trascendencia. Criterio que finalmente ha sido acogido por el legislador en la LO 7/2012, que modifica algunos artículos del C. Penal. Lo cierto, sin embargo, es que la legislación anterior a esta Ley sancionaba con menor pena la emisión de certificados, lo que, de un lado, obligaba a examinar cuidadosamente si la falsificación realizada en cada caso se reducía al mero contenido de un certificado, es decir, a la consignación como cierto de un hecho que se dice conocido por quien certifica y que es comprobable en su objetividad por terceros, o si, además, incorporaba una falta de verdad en la narración de otros hechos que excedían de aquel limitado significado. Y, de otro lado, aquella regulación obligaba a aplicar la ley en su propio significado cuando se tratara solamente de una certificación en su propio sentido. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el C. Penal de 1995 suprimió la enumeración de certificados que se contenía en el Código derogado

Es cierto que, como se ha puesto de relieve, el legislador ha decidido, finalmente, que solo se penarán de forma privilegiada la falsificación de certificados de escasa trascendencia, y excluye de esta categoría a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. Ello supone que, en la actualidad, esa mención de esos últimos certificados puede operar como referencia para establecer la trascendencia de otros, con la finalidad de incluirlos o excluirlos de la aplicación del artículo 398. Pero no puede implicar que, por vía interpretativa de la legislación anterior se aplique indiscriminadamente este nuevo criterio a falsificaciones de certificados realizadas con anterioridad, de manera que solo se aplique el artículo 398 a los casos de escasa trascendencia, valorando ésta de acuerdo a cánones resultantes de la nueva redacción. Pues en definitiva ello supondría la aplicación retroactiva de la nueva regulación en perjuicio del reo, al excluir del artículo 398 anterior a la reforma conductas que, sin el nuevo criterio legal estarían comprendidas en él.

En este sentido, puede citarse la STS n.º 237/2016, de 29 de marzo, en la que se examinaba un supuesto de falsificación de certificados oficiales de la Seguridad Social cometida por un particular antes de la reforma de 2012. En esa sentencia, esta Sala señalaba en primer lugar que tras la vigencia de la L. O. 7/2012, la falsificación de certificaciones de la Seguridad Social o Hacienda Pública debe ser sancionada cuando sea cometida por particular como constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial, y por tanto con aplicación de los arts. 390.1-2.º en relación con el art. 392. Y, en segundo lugar, que se está ante una falsificación de documento oficial que, vista la época en la que se efectuó debe ser sancionado como constitutivo del delito del art. 399 C. penal en la redacción anterior a la L. O. 7/2012, como así ha sido. Es decir, que aun cuando se trataba de certificados de evidente trascendencia, reconocida en la actualidad expresamente por el legislador, esta Sala entendió que debía aplicarse la legislación anterior a la citada Ley Orgánica, y, dentro de ella, el artículo 399 en relación con el 398.

Por lo tanto, la inclusión o exclusión de la falsedad en el artículo 398 deberá atender a la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental en cada caso, sin tomar como referencia la consideración que merecen en la actualidad los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

(STS 752/2016, de 11 de octubre)

ARTÍCULOS 325, 326 Y 331 CP

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente por imprudencia grave: «Caso Prestige». Afectar a un espacio natural protegido. Inexistencia: se exige la identificación del espacio protegido afectado y el grado de daño en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal

El artículo 325 del CP vigente a la fecha de los hechos castigaba a quienes «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

El artículo 326 CP en su redacción original, vigente a la fecha de los hechos, preveía «la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico».

Y el artículo 331 del CP que ha permanecido inalterable, prevé la pena inferior en grado en caso de que los hechos se hubieren cometido por imprudencia grave.

Respecto a cuál sea el bien jurídico protegido por este tipo previsto en el artículo 325 CP la mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia de esta Sala han coincidido en considerar como tal el medio ambiente y el equilibrio de los sistemas naturales como bien colectivo. En palabras de la STS 89/2013, de 11 de febrero, la protección del medio ambiente constituye un bien jurídico autónomo que se tutela penalmente por sí mismo, descrito en el Código como «equilibrio de los sistemas naturales» y que ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad. Ha de recordarse que el medio ambiente es uno de los pocos bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela penal. Así, el artículo 45 de la Constitución dispone que deberán establecerse «sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» para quienes realicen conductas atentatorias del medio ambiente. Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección jurídica del medio ambiente ha de hacerse combinando medidas administrativas con medidas penales.

La autonomía de la protección penal del medio ambiente respecto de la protección de las personas no excluye que los ataques a él puedan también afectar a éstas. Supuestos en los que sería de aplicación el tipo agravado del último inciso del artículo 325.1 CP, además de posibilidades concursales con delitos de lesiones u homicidios.

(...) El tipo básico contenido en el artículo 325.1 CP exige la confluencia de tres elementos esenciales para estimar la tipicidad objetiva del comportamiento:

- a) La provocación o realización directa o indirecta de alguna de las actividades contaminantes aludidas en el precepto.
- b) La infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal, elemento normativo exigido en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras de aquel tipo de actividades.
- c) La creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido, como consecuencia de la realización de la actividad contaminante ilícita.

Con relación al primero de los elementos citados, la conducta típica consiste en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas. Aunque en principio del tenor literal del texto parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, como puso de relieve la STS 81/2008, de 13 de febrero, que citó la STS 105/1999 de 27 de enero, también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir, dejar que se produzca la emisión o vertido y no poner los medios para evitarla.

Los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar cuyo significado no es idéntico. Esta Sala ha interpretado (entre otras SSTS 105/1999, de 27 de enero; 96/2002, de 30 de enero, o 81/2008, de 13 de febrero) que provocar en su diferencia con realizar se refiere a mantener emisiones o vertidos. La interpretación contextual da pie para ello al concretar que el vertido puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Pretende de esta manera abarcar toda acción humana que determine un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

El significado semántico de algunas de las expresiones comprendidas en el tipo penal como emisiones, vertidos, radiaciones o inyecciones hace pensar que el legislador pretendió compendiar el conjunto de actividades que proyecten hacia las aguas, el suelo o la atmósfera sustancias contaminantes, con independencia de cuál sea el estado de tales sustancias (sólido, líquido o gaseoso).

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea ha afirmado que el concepto jurídico medio ambiental de vertido es el tipificado en el

artículo 1.2 de la Directiva Comunitaria 76/464 CE que se refiere a todo acto imputable a una persona por el cual directa o indirectamente, se introduce en las aguas a las que se aplica dicha Directiva alguna de las sustancias peligrosas enumeradas en las Listas I y II de su Anexo (STJC 22301/99, de 29 de septiembre).

En la misma línea la jurisprudencia de esta Sala ha identificado como vertido la introducción de sustancias contaminantes. Además de los vertidos directos, es decir aquellos que provocan que el elemento que contamina se introduzca o penetre sin intermediaciones en la atmósfera, el suelo o el agua, ha considerado como vertidos indirectos incluidos en el tipo previsto en el artículo 325 CP conductas que, si bien no determinaron una evacuación directa, integraron un comportamiento previo del que necesariamente habría de derivarse ese vertido. Así ha considerado aplicable el artículo 325 CP, con preferencia al 328 que castiga el establecimiento de depósitos o vertederos de residuos tóxicos, a los vertidos realizados en depósitos que, por no ser suficientes o ser permeables se filtran y producen un efecto contaminante (SSTS 215/2003, de 11 de febrero, o STS 1914/2000, de 12 de diciembre).

(...) El segundo de los elementos del tipo previsto en el artículo 325.1 CP es de carácter normativo, la infracción de una norma extrapenal. Esto es, que la acción típica se verifique contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. El texto legal da cabida a legislación que resulte aplicable en el Estado Español, ya sea comunitaria, estatal, autonómica o local, e incluye la que surge a partir de los tratados internacionales suscritos por España y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 CE y 1.5 CC) pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español.

(...) El tercero de los elementos del tipo que analizamos es la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico. En palabras de las SSTS 481/2008, de 18 de julio, o 89/2013, de 11 de febrero, requiere un resultado que consiste en la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido.

El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Algunas resoluciones de esta Sala lo han considerado un delito de peligro abstracto (SSTS 1828/2002, de 25 de octubre; 45/2007, de 29 de enero, o la reciente 244/2015, de 22 de abril). Otras de peligro concreto (SSTS 442/2000, de 13 de marzo, o 708/2009, de 16 de junio). Sin embargo la última jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS 25 de octubre de 2002; 388/2003 de 1 de abril; 24 de junio de 2004; 27 de abril de 2007; 20 de junio de 2007; 81/2008, de 13 de febrero; 141/2008, de 8 de abril; 89/2014, de 11 de febrero; 840/2013, de 11 de noviembre, o 521/2015, de 13 de octubre), un híbrido a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto en el que no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa.

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.

Como explicó la STS 141/2008, de 8 de abril, la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente *ex ante*. De acuerdo con ello es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se

ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en primer lugar la conducta debe ser una de las previstas de forma muy amplia en el art. 325 CP, y debe estar descrita con suficiente precisión para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia. En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. En definitiva es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, lo decisivo en este aspecto es que se trate de una conducta que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La existencia de un daño efectivo no es necesaria para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha provocado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración.

Y, en tercer lugar, del riesgo debe predicarse la gravedad. No basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo.

Debe concurrir un peligro «grave» para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo respecto al que es importante que la jurisprudencia, en su función nomofáctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma.

Como dijo la STS 105/1999, de 27 de enero, semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor revisable en casación. Y como recordó la STS 289/2010, de 19 de abril (con cita de las anteriores SSTS 105/1999, de 27 de enero, y la 30 de enero de 2002) para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325.1 del CP habrá que acudir «a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro».

En la STS 194/2001, de 14 de febrero, puso el acento en la intensidad de la incidencia contaminante. «Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta».

La STS 81/2008, de 13 de febrero, habló de la intensidad del acto contaminante, de la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo. Y añadió «en cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afecten de manera insignificante al bien jurídico».

Para la STS 916/2008, de 30 de diciembre, lo más seguro es «referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo».

En cualquier caso habrá que tomar como puntos de referencia los propios parámetros del tipo y de todo el cuerpo normativo, y entender que se trata de una gravedad media que deje espacio para los supuestos en que concurra un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, que exceden del tipo básico para integrar un tipo agravado.

(...) Por su parte el tipo agravado del artículo 326.b) CP exige que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades contaminantes. Se trata de una agravación que se fundamenta en la mera desobediencia a la Administración. Requiere la concurrencia de cuatro requisitos: que la orden sea expresa, que proceda de un órgano administrativo con competencia medioambiental para ordenar la corrección o suspensión de la actividad y que el sujeto conozca la orden y no quiera cumplirla.

El artículo 326.e) CP incorpora como agravación que haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. Para la doctrina es la agravación que más sentido tiene, en cuanto que es la única relacionada con la idoneidad de la conducta para perjudicar el medio ambiente. Sus perfiles fueron delimitados por la STS 7/2002, de 19 de enero, que demandó una interpretación de la misma «prudentemente rigurosa y exigente» en atención a la gravedad de la pena y con el fin de evitar el riesgo de vaciar de contenido el tipo básico que exige un peligro grave. A partir de esos parámetros señaló que «debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre». Por su parte existirá deterioro catastrófico «cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante».

Podría oponerse a la interpretación que esta sentencia 7/2002 realizó del término «irreversible» que semánticamente irreversible es aquello que no puede volver a su estado anterior, ni por efecto de la naturaleza ni por la intervención humana. Sin embargo el estado actual de la ciencia y la investigación tecnológica ofrecen expectativas de recuperación y regeneración antes inimaginables, por lo que lo irreversible queda reducido a una mínima expresión. En cualquier caso la razonabilidad de la interpretación expuesta, que no puede deslindarse de los parámetros de rigor y exigencia que la enmarcan, aconseja que se tomen en consideración otros elementos de valoración como la duración o complejidad de los eventuales procedimientos de reparación. En todo caso es necesario insistir en que la valoración habrá de hacerse no en relación a un resultado, sino al riesgo de que se produzca.

En la misma línea de la citada STS 2/2002, la STS 379/2009, de 13 de abril, avaló la inaplicación de esta agravación en un supuesto en el que la recuperación y regeneración de la zona, dado el nivel pluviométrico, sería posible por efecto de la propia naturaleza.

(...) Las conductas descritas son punibles tanto cuando se realizan dolosamente como por imprudencia grave (art. 331 CP).

El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado. La apreciación de un dolo directo es improbable, porque generalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se ejecuta con una finalidad inocua para el Derecho Penal, como es el desarrollo de una actividad industrial o comercial.

Ha declarado esta Sala, entre otras en SSTS 52/2003, de 24 de febrero, 1565/2012, de 2 de marzo, o 89/2013, de 11 de febrero, que el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro.

También se ha dicho que obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo (STS 327/2007, de 27 de abril). O que la contaminación por vertidos (STS 1538/2002, de 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.

Nos encontramos, como ya hemos dicho, ante una modalidad delictiva de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, que no 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, de 1 de abril, y 81/2008, de 13 de febrero). En consecuencia el elemento subjetivo del dolo no ha de ir referido a una situación que ya haya dado lugar a la concreción del peligro, y menos aún al daño efectivo, sino al comportamiento y a su idoneidad para generar aquella situación (STS 141/2008, de 8 de abril).

(...) El artículo 331 CP exige que la imprudencia sea grave. Como explicó la STS 78/2013, de 5 de febrero, que se pronunció respecto a la aplicación de este precepto, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 181/2009 y 282/2010) «la infracción culposa o por imprudencia, debe reunir los siguientes elementos: a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido, y c) que se haya querido la misma conducta descuidada, con conocimiento del peligro, o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta».

En la STS 1089/2009, se decía que el delito imprudente «... aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal».

En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, se decía en la STS 1823/2002, que la imprudencia grave «... ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad», y con parecidos términos se recordaba en la STS 537/2005, que «la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone “un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado”. Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas,

y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control».

Con otras palabras, en la STS 1089/2009, antes citada, se argumentaba que «... la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración».

(...) El primero de los elementos de tipicidad que exige el artículo 325.1 CP es la provocación o realización directa o indirecta de alguna de las actividades contaminantes aludidas en el precepto. En este caso arrojar al mar el fueloil que trasportaba el buque *Prestige* encaja en el concepto de «vertido» que hemos analizado y que completa el elemento del tipo.

(...) Exige también el tipo la infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal, es decir, la contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras del tipo de actividades de que se trate, en este caso el transporte por mar de sustancias peligrosas por su alto potencial contaminante. La peculiaridades de esta actividad, la dimensión de riesgo que proyecta, los intereses económicos supranacionales que concita, la universalidad del mar y el valor que el mismo tiene para el ecosistema, entre otros factores, hacen que la normativa en cuestión no sea solo nacional, sino que jueguen un papel determinante los distintos tratados internacionales suscritos por España que tienen en nuestro sistema de fuentes del derecho fuerza de ley (artículos 96 CE y 1.5 CC).

1. En primer lugar Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, el Convenio MARPOL (Bruselas, 2 de noviembre de 1973), y el Protocolo de 1978, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978. Es una norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado español y publicada en el BOE de 17 y 18 de octubre de 1984.

Es un instrumento que responde al objetivo de los Estados firmantes de «lograr la eliminación total de la contaminación intencional del medio marino por hidrocarburos y otras sustancias perjudiciales, y reducir a un mínimo la descarga accidental de tales sustancias».

Esta norma se aplica a las «descargas» de sustancias perjudiciales, entendiendo por tales «cualquier derrame procedente de un buque por cualquier causa y comprende todo tipo de escape, evacuación, rebose, fuga, achique, emisión o vaciamiento».

Conforman el MARPOL cinco Anexos, el primero de los cuales regula la evacuación de hidrocarburos (Anexo I). Se entienden como tales «el petróleo en todas sus

manifestaciones, incluidos los crudos de petróleo, el fuel-oil, los fangos, los residuos petrolíferos y los productos de refinación (distintos de los de tipo petroquímico que están sujetos a las disposiciones del Anexo II del presente Convenio) y, sin límite la generalidad de la enumeración precedente, las sustancias que figuran en la lista del Apéndice I de este Anexo».

En lo que al caso nos interesa, la regla 11 del Anexo I del Convenio MARPOL establece que las descargas accidentales («procedentes de averías sufridas por el buque o sus equipos») no se consideran prohibidas siempre que «después de producirse la avería o de descubrirse la descarga, se hubieren tomado toda suerte de precauciones razonables para atajar o reducir a un mínimo tal descarga; y salvo que el propietario o el capitán hayan actuado ya sea con la intención de causar la avería, o con imprudencia temeraria y a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería». Utiliza una terminología común en los instrumentos internacionales que regulan esta materia y que, como tendremos ocasión de explicar más adelante, incluye los supuestos de imprudencia grave previstos en nuestro CP. Compartimos la opinión expuesta por algunos de los recurrentes en el sentido de una interpretación del Convenio MARPOL no puede prescindir como criterios hermenéuticos de los que inspiran nuestra normativa nacional y la europea. De esta manera cabe considerar que los vertidos causados con culpa grave, también son vertidos prohibidos y susceptibles de dar lugar a la imposición de sanciones de carácter administrativo o penal. Esta última es la interpretación que hizo el legislador comunitario al aprobar la directiva 2005/35/CE.

En efecto, los artículos 4 y 5 de la citada directiva posterior a los hechos instaban a los Estados miembros a establecer infracciones (incluso penales) respecto a las descargas de hidrocarburos que se produzcan en el mar territorial o aguas interiores con imprudencia temeraria o culpa grave (no con dolo eventual). Los preceptos de la directiva fueron objeto de una cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice de Inglaterra y Gales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisamente por considerar que los artículos 4 y 5 de la directiva vulneraban el Convenio MARPOL. La sentencia de 3 de junio de 2008 (que resolvió la cuestión prejudicial), si bien estimó que no es su misión confrontar la legalidad de la directiva con la de un Tratado Internacional del que la Comunidad no es parte, como ocurre con el MARPOL, sí afirmó (párrafo 52) que «incumbe al Tribunal de Justicia interpretar esas disposiciones tomando en consideración el MARPOL 73/78» y ello en aplicación «del principio consuetudinario de buena fe».

Más adelante, la sentencia razonó que el concepto de «negligencia grave» es un parámetro perfectamente lícito y acorde con el principio de seguridad jurídica para enjuiciar cuándo las descargas han de considerarse prohibidas, entendiéndose la «negligencia grave» como «una acción u omisión involuntaria mediante la cual la persona responsable infringe, de manera patente, la obligación de diligencia que habría debido y podido cumplir teniendo en cuenta sus cualidades, sus conocimientos, sus aptitudes y su situación individual».

Finalmente concluyó respecto a la cuestión planteada que «no se ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 4 de la Directiva 2005/35 en relación con el criterio general de seguridad jurídica».

2.- Convenio CONMAR (UNCLOS o Montego Bay) de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982. Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado español y publicada en el BOE de 14 de febrero de 1997.

Se trata de un convenio conocido también en el ámbito internacional como UNCLOS o tratado de Montego Bay. Que recoge los derechos de protección del

Estado ribereño respecto a su mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva, entre otros, para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino.

El artículo 1 del CONMAR define los vertidos: «evacuación de desechos u otras materias resultante, directa o indirectamente, de las operaciones normales de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar y su equipo» (art. 1.5 b) i).

3. Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 1974) de 1 de noviembre 1974 (Londres). Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado Español y publicada en el BOE de 16, 17 y 18 de junio de 1980, 3 de septiembre de 1980 y 17 de marzo de 1983. Las enmiendas de este Convenio, adoptadas por acuerdo internacional de 18 de mayo de 1998, han sido asumidas asimismo por España y publicadas en el BOE de 14 de septiembre de 2001.

Este Convenio fue aprobado el 1 de noviembre de 1974 por la Conferencia Internacional sobre Seguridad de la Vida Humana en el Mar, convocada por la Organización Marítima Internacional (OMI), y entró en vigor el 25 de mayo de 1980. Desde entonces se ha enmendado dos veces por medio de protocolos: a) el Protocolo adoptado el 17 de febrero de 1978 por la Conferencia Internacional sobre Seguridad de los Buques-tanque y Prevención de la Contaminación (Protocolo de 1978 relativo al SOLAS), que entró en vigor el 1 de mayo de 1981; y b) el Protocolo adoptado el 11 de noviembre de 1988 por la Conferencia Internacional sobre el Sistema Armonizado de Reconocimientos y Certificación (Protocolo de 1988 relativo al SOLAS), que entró en vigor el 3 de febrero de 2000 y reemplazó y dejó sin efecto el Protocolo de 1978, entre las Partes en el Protocolo de 1988.

El objetivo principal del Convenio SOLAS es especificar normas de construcción, equipamiento y explotación de buques para garantizar su seguridad y la de las personas embarcadas. Las disposiciones de control también permiten a los gobiernos contratantes a inspeccionar los buques de otros Estados contratantes si hay motivos fundados para creer que el buque y su equipo no cumplen sustancialmente con los requisitos de la Convención, o que transporten mercancías peligrosas, según se definen éstas en la Regla 1 de la parte A del capítulo VII de ese Convenio. Este procedimiento se conoce con el nombre de Estado Rector del Puerto.

4. Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos que causen o puedan causar una contaminación por hidrocarburos 197, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969. Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado Español y publicada en el BOE de 26 de febrero de 1976.

Este Convenio de Salvamento pone al día el viejo Convenio de 1910 sobre la misma materia e introduce simultáneamente, como bien jurídico protegido, la preocupación por el medioambiente marino en relación con el salvamento de buques en peligro. Así autoriza a los estados ribereños a tomar medidas de autoprotección frente a la contaminación a través de la impartición de instrucciones en el salvamento, a supervisarlos o incluso a efectuarlos directamente, estando el capitán obligado a colaborar con la Autoridad que pretende el salvamento.

Efectivamente, dice el art. 9 del Convenio: «Nada de lo dispuesto en el presente convenio afectará al derecho del estado ribereño interesado a tomar medidas, de conformidad con los principios generalmente reconocidos del derecho internacional, para proteger sus costas o intereses conexos contra la contaminación o amenaza de contaminación resultante de un siniestro marítimo o de actos relacionados con dicho siniestro, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales, incluido el derecho de un estado ribereño a dar instrucciones relacionadas con las operaciones de salvamento».

5. El Convenio Internacional sobre Líneas de Carga, Londres 1966. Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado español y publicada en el BOE de 10 de agosto de 1968 (modificado por el Protocolo de 1988). Su finalidad es «establecer principios y reglas uniformes en lo que respecta a los límites autorizarlos para la inmersión de los buques que realizan viajes internacionales, en atención a la necesidad de garantizar la seguridad de la vida humana y de los bienes en la mar». De manera que detectado un buque en estas condiciones se le prohíbe la salida a la mar y se le obliga a descargar la parte de carga necesaria hasta cumplir con el Convenio de Líneas de Carga y con las prescripciones que tiene en su certificado de francobordo.

6. En el ámbito nacional a la fecha de los hechos la norma básica sobre la materia era la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en el Capítulo 3.º de su Título IV tipifica las distintas infracciones administrativas. Entre ellas incluye infracciones graves y muy graves relativas a la contaminación del medio marino. Así, dentro de las infracciones graves figura «la evacuación negligente» en zonas de navegación española «de desechos u otras sustancias desde buques, plataformas fijas u otras construcciones en el mar cuando se produzca en contravención de la legislación vigente sobre la materia» (art. 115 4. a), referencia que reconducía, entre otros, al Convenio MARPOL ya citado.

La conducta tipificada abarca todas las «evacuaciones» que se produzcan en las «zonas de navegación española», concepto que incluye el Mar Territorial y la Zona Económica Exclusiva (art. 7.1 LPEMM) y sirve para acotar el ámbito territorial de aplicación de la citada norma, que conforme a su art. 8.5, alcanza «a los buques civiles extranjeros que se encuentren en aguas situadas en las que España ejerce derechos soberanos, soberanía o jurisdicción, con las limitaciones que establece el Derecho Internacional, en particular en lo que se refiere a los supuestos de inmunidad».

Las infracciones muy graves aplicables en atención a la ilegalidad del vertido se refieren a las mismas conductas desarrolladas de manera intencional:

a) «La evacuación deliberada desde buques o plataformas fijas u otras construcciones» en las zonas de navegación españolas de «residuos, desechos u otras materias cargadas a bordo o depositadas con tal propósito, salvo cuando se cuente con la debida autorización de vertido o esta no sea exigible, según lo previsto en la legislación específica» (art. 116.4.a).

b) «Llevar a cabo con deliberación la contaminación del medio marino por el hundimiento de buques o la destrucción de plataformas fijas u otras construcciones» situadas en las zonas de navegación españolas, «con las mismas excepciones señaladas en el párrafo anterior» (art. 116 4. b). Estos actos no son más que una modalidad de «vertimiento», tal y como expresamente establece el Convenio LDC/72: «todo hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar» (art. 3.1. a) ii).

c) «La evacuación deliberada de desechos u otras materias resultantes directa o indirectamente de las operaciones normales de los buques, plataformas fijas u otras construcciones», que se encuentren en las zonas de navegación española, «cuando tales evacuaciones se produzcan en contravención de la legislación vigente sobre la materia» (art. 116.4. c). Estamos, de nuevo ante las descargas operacionales efectuadas en contravención del MARPOL y disposiciones de aplicación. Si la conducta negligente era constitutiva de infracción grave, la dolosa lo es de infracción muy grave.

d) «La introducción deliberada, de modo directo o indirecto en el medio marino de sustancias, materiales o formas de energía que puedan constituir un peligro para la salud humana, perjudicar los recursos paisajísticos o biológicos y la vida marina, reducir las posibilidades de esparcimiento u obstaculizar otros usos legales de los

mares, en la medida en que dicha introducción fuera contraria a la legislación vigente o no contase con la debida autorización» (art. 116. 4. d), así como «la introducción negligente, de modo directo o indirecto en el medio marino de sustancias, materiales o formas de energía que puedan constituir un peligro para la salud humana, perjudicar los recursos turísticos, paisajísticos o biológicos y la vida marina, reducir las posibilidades de esparcimiento u obstaculizar otros usos legales de los mares, en la medida en que dicha introducción fuera contraria a la legislación vigente o no contase con la debida autorización» (art. 115.4.e). La referencia a la legislación vigente se proyectaba, entre otros instrumentos, sobre el CONMAR, Convención de Naciones Unidas sobre derecho del Mar, ya citado.

(...) Por último en el aspecto objetivo exige el tipo previsto en el artículo 325 CP la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido, es decir, para el medio ambiente y el equilibrio de los recursos naturales. El mero hecho de transportar 76.972 toneladas métricas de fueloil pesado genera un riesgo para el mar y todo el medio marino. Si además, como en este caso, se acomete el transporte con un buque de unos 26 años de antigüedad y en un deficiente estado de conservación; sobrecargado, con un sistema de remolque anticuado, asumiendo una navegación que la sentencia recurrida calificó de arriesgada, por aguas que no son tranquilas y en unas condiciones meteorológicas adversas, es evidente que ese riesgo no solo existió, sino que por su entidad fue algo más que grave.

No solo se creó ese riesgo «grave», sino que éste se concretó en una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos a consecuencia del intenso y extenso vertido de combustible que propició la abertura que se produjo en el casco de estribor del barco, por la que salieron unas 63.000 toneladas del fuel que se trasportaba.

Según concretó el relato de hechos probados de la sentencia recurrida «resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa, y además se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de influir en una utilización muy reducida de espacios naturales abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico».

En concreto «resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m² de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos.

La costa afectada se extiende principalmente desde la desembocadura del río Miño en Galicia hasta El Canal de la Mancha.

Hasta el día 16/01/2003, se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves, y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia, lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna, en general, han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA.

En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.

En Cantabria resultaron afectados también playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco.

Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003».

Riesgo y resultado no son conceptos equivalentes. El primero exige una valoración *ex ante*, que en este caso, como adelantamos al comienzo de este fundamento, permitió consolidar un pronóstico respecto a su existencia y entidad. Pronóstico que se confirmó una vez el riesgo se concretó.

Los estremecedores resultados expuestos constatan que no sólo existió el riesgo de deterioro grave que requiere el artículo 325 del CP, sino que, en atención a la cantidad de fueloil que el Prestige transportaba, también fue previsible el de una auténtica catástrofe que reconduce a la aplicación del tipo agravado del artículo 326 e) del CP según redacción vigente a la fecha de los hechos.

(...) En el aspecto subjetivo, ya hemos dicho que el delito imprudente aparece estructuralmente configurado por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado, y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado. Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

(...) El acusado Benjamin Norberto asumió no solo una navegación arriesgada, como la calificó la Sala sentenciadora, sino que creó un grave riesgo, sobre todo en relación con el carácter altamente contaminante de la sustancia que transportaba. Un riesgo que excedió el permitido y se colocó como capitán del Prestige en una situación que le impidió controlarlo en momentos críticos. De esta manera, el barco continuó arrojando fueloil al mar hasta que transcurridos unos días se partió.

Incumplió en consecuencia el deber objetivo de cuidado que le incumbía al generar riesgos no permitidos y no neutralizar los provocados por otros. Y también el subjetivo, pues como capitán del buque estaba obligado a advertir la presencia del peligro grave que asumió.

Contribuyó a agravar las consecuencias del vertido provocado en primera instancia por el fallo estructural del barco, en cuanto que dificultó las posibilidades de rescate del buque, y propició su acercamiento hacia la costa mientras derramaba fueloil de manera intensa, lo que incrementó el peligro que el potencial contaminante de éste suponía para el equilibrio del ecosistema.

El comportamiento del acusado fue mixto de acción en algunos aspectos y de omisión en otros, respecto a los que incumplió con el deber de garante que le incumbía *ex artículo 11* del CP en relación con el transporte por mar de sustancias peligrosas que dirigía, y que le obligaba a neutralizar los riesgos que el mismo pudiera entrañar. Con unos y otros contribuyó a agravar el resultado del vertido contaminante e incrementó la posibilidad de causar un perjuicio grave para el equilibrio del ecosistema, peligro que se concretó en los catastróficos resultados producidos.

Cierto es que su comportamiento no fue el único relevante de cara a la producción del vertido y sus posibilidades de control. Hubo otras aportaciones por parte de quienes tenían la obligación de mantener el barco en condiciones idóneas de navegación y de controlar las mismas, que no han sido acusados en este procedimiento, lo

que no interfiere la imputación del resultado que se realiza, en cuanto que fueron anteriores y sobre el riesgo generado por ellas operó el comportamiento del acusado en las condiciones ya expuestas.

La doctrina de esta Sala (entre otras STS 755/2008, de 26 de noviembre) ha señalado que cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta de aquél no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpaado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento. En este sentido, como dijo la STS 940/2004, de 22 de julio, la acción incriminada el tipo del art. 325 CP no se convierte en socialmente adecuada sólo porque otros ya han producido el resultado. También es punible la acción peligrosa que tiene aptitud, consiguientemente, para aumentar el daño ecológico existente. Y en este caso la del acusado Benjamin Norberto la tuvo.

(...) Por último exige el artículo 331 CP que la imprudencia sea grave y en este caso lo es. Tanto por la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado en relación al riesgo no permitido creado y al no neutralizado, como por la importancia del bien jurídico afectado, el equilibrio del ecosistema. También lo es desde una perspectiva subjetiva en relación a la previsibilidad del riesgo por parte del acusado, en los términos que ya hemos expuesto.

La Sala sentenciadora apreció una cierta imprudencia en el comportamiento del acusado, basada sólo en algunos de los aspectos ahora tomados en consideración tales como «navegar en automático, no tener en buen estado los serpentines de la calefacción, tener deteriorado/inservible el remolque de emergencia a popa...». Y no le reconoció la gravedad que exige el artículo 331 CP. Fue una valoración jurídica, como tal susceptible de ser revisada en casación. Y lo ha sido en cuanto a la intensidad de la imprudencia, y en relación a los factores tomados en consideración para conformarla. Eso sí, a partir un escrupuloso respeto a los elementos de hecho que la sentencia de instancia consideró probados, lo que posibilita, con arreglo a la doctrina que se expuso al comienzo de esta resolución, la revocación del pronunciamiento absolutorio en relación al delito imprudente contra el medio ambiente, sin que ello suponga menoscabo de los derechos del acusado.

(...) Los hechos declarados probados respecto al acusado Sr. Benjamin Norberto son constitutivos, según lo expuesto, de un delito imprudente contra el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 e), en relación con el artículo 331 CP. La aplicación de la modalidad agravada expuesta resulta incuestionable, pues se generó un riesgo de contaminación que excedió del meramente grave que exige el tipo básico, cuyos contornos quedaron desbordados con una proyección de lesividad para el medio marino y el ecosistema en general, no sólo irreversible, en los términos que exige esta figura y que quedaron expuestos en el fundamento vigésimo de esta resolución, sino además catastrófica. Riesgo que, a la vista de los resultados producidos, se concretó en una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos por la intensidad y extensión del vertido, el número de elementos naturales destruidos, de especies marinas afectadas y de actividad económica perturbada.

Riesgo que era previsible, en atención a la cantidad de fuel que transportaba, y la intensidad del vertido que manaba por la abertura producida en el casco del buque. Y además objetivamente imputable al acusado, quien por su propia experiencia necesariamente había de ser conocedor del mismo y hubo de representárselo y en cuyo

ámbito de competencia se encontraba enervarlo en la medida de sus posibilidades. Con su actuación generó riesgo y no neutralizó el creado por otros, sino que lo incrementó más allá de lo permitido. No cabe oponer, con arreglo a la teoría de los cursos causales hipotéticos, que el riesgo de catástrofe ecológica con toda probabilidad o con una seguridad rayana en la certeza, se hubiera producido igualmente aunque el acusado hubiera respetado las reglas de la diligencia debida, dado lo relevante de su actuación.

Son varios los criterios que se pueden seguir para afirmar la imputación objetiva del resultado: la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de protección de la norma y la teoría de la evitabilidad. Cualquiera de esos criterios de imputación pueden afirmarse en el caso que nos ocupa ya que al actuar como lo hizo y omitir determinados comportamientos ya hemos dicho, incrementó el riesgo de que el vertido se produjese y permaneciera incontrolado.

Para la teoría del ámbito de protección de la norma no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretende impedir por tal norma, y en este caso evitar el riesgo de contaminación del mar y de los recursos naturales es uno de los fines primordiales de aquella.

En cuanto a la evitabilidad llamada por un sector de la doctrina «causalidad hipotética», acabamos de referirnos a lo relevante de su actuación.

(...) El término «espacio natural protegido» es un concepto normativo que nos remite a legislación extrapenal. A la fecha de los hechos el artículo 10 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. Ahora la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad. En concreto su actual artículo 28 (numeración que corresponde tras la reforma operada en la misma por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, que entró en vigor el pasado 7 de octubre, antes artículo 27) dispone: «Tendrán la consideración de espacios naturales protegidos los espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y el medio marino, junto con la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales: a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo. b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados».

El artículo 30 de la misma norma (antes 29) dispone: «En función de los bienes y valores a proteger, y de los objetivos de gestión a cumplir, los espacios naturales protegidos, ya sean terrestres o marinos, se clasificarán, al menos, en alguna de las siguientes categorías: a) Parques; b) Reservas Naturales; c) Áreas Marinas Protegidas; d) Monumentos Naturales; e) Paisajes Protegidos.

Corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los Espacios Naturales Protegidos en su ámbito territorial. Y corresponde a la Administración General del Estado la declaración y la gestión de los Espacios Naturales Protegidos en el medio marino, excepto en los casos en que exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente, en cuyo caso esas funciones corresponderán a las comunidades autónomas (artículo 37)».

(...) Más allá de cualquier análisis respecto a posibles relaciones concursales del citado artículo 330 CP, el rechazo a su aplicación viene justificado porque del relato de hechos de la resolución impugnada que, como ya hemos señalado con anterioridad, nos constriñe, no se deducen los presupuestos que determinarían su aplicación.

Ni en relación a la identificación del espacio protegido afectado, ni al daño grave en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal.

El relato de hechos de la sentencia impugnada habla de la afectación de «espacios naturales», sin especificar mínimamente en que consistió ésta, o si entre ellos se incluyen alguno o algunos de especial protección. Solo singulariza en la identificación, que no en el alcance de la afectación, del «Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia», lo que no resulta bastante para entender afectados algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo, cuya descripción habrá de buscarse en el instrumento normativo que declare el espacio en cuestión (en este sentido se pronunció la STS 876/2006, de 6 de noviembre).

Por las mismas razones hemos de rechazar la aplicación del artículo 338 CP incluido entre las disposiciones comunes no sólo a los delitos contra el medio ambiente, sino a todos los previstos en el Título XVI del Libro II del CP que reivindicaron los recursos del Fiscal, del Estado francés, del Consejo de la Bretaña, de Aurelio Paulino y otros, de Amegrove y de Arco Iris.

Este precepto tiene ámbito de aplicación más amplio, en cuanto que afecta todo el Título XVI, y exige menores precisiones que el artículo 330 CP. El artículo 338 CP prevé la imposición de la pena superior en grado a las respectivamente previstas, cuando las conductas definidas en el citado Título «afecten a un espacio natural protegido». Así que, aunque pudiéramos entender que la alusión en el relato de hechos al Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia es suficiente para entender que se trata de un espacio protegido, lo que no resulta bastante a los fines de sustentar esta agravación es la falta de una mínima especificación respecto al grado e intensidad de la afectación. En este sentido, de conformidad con el criterio fijado en la STS 1664/2002, de 28 de marzo de 2003, la agravación contenida en el artículo 338 CP exige determinar qué concreto espacio natural ha sido afectado y de qué manera.

(STS 865/2015, de 14 de enero)

ARTÍCULO 368 CP

Tráfico de drogas y autoconsumo compartido: Anulación de Sentencia absolutoria en caso de asociación cannábica de gran tamaño –unos 2.000 miembros–: diferencia esencial con otros precedentes jurisprudenciales que obligan a una consideración diferente. Voto particular

(...) Las diferencias con los casos analizados en otros precedentes de esta Sala y en particular con el contemplado en la reseñada STS 484/2015, estriban en que i) se desconoce la forma en que se provee el colectivo de la sustancia –no consta, según el *factum*, que sea un cultivo promovido por ellos–; ii) se establece oficialmente el compromiso, aunque no taxativo («inicialmente») de consumir en el local lo que también era nota predicable de alguno de los antecedentes jurisprudenciales mencionados; iii) la, al menos provisional, oficiosidad administrativa de la asociación que no había sido aún inscrita aunque contaba con licencia municipal amparada en una normativa de ese nivel local; y iv) el número mucho más abultado de socios (se supera el listón de dos millares).

Esos elementos diferenciales son irrelevantes, por lo que hay que reiterar la doctrina sentada en esos aludidos precedentes jurisprudenciales.

a) Que no se haya averiguado el origen concreto de la sustancia incrementa el aroma de clandestinidad: solo con cierta opacidad se puede mantener operativa una actividad como la desplegada, inequívocamente contraria a las leyes, aunque se presente con un ropaje de aparente normalidad disimulando o encubriendo una de sus acciones principales: ser intermediarios –que exista o no ánimo de lucro es indiferente– entre quien produce la droga y el consumidor. No basta la retórica protesta estatutaria de no querer incurrir en delito. Ese propósito se alcanza si no se realizan actividades delictivas. Y esta lo es.

b) El número de socios es tan alto que por más que se intente minimizar la cifra esgrimiendo bajas no reflejadas (lo que no deja de ser signo también de cierto descontrol) no permite buscar abrigo en la doctrina del consumo compartido. Es imposible establecer unos lazos de mínimo conocimiento de esos millares de personas; como no es tampoco imaginable un elemental rigor en la comprobación de que las personas que se inscribían como socios eran ya consumidores. Acreditar la identidad y la edad sería suficiente. No es nada dificultoso conseguir un avalista o atribuirse la condición de consumidor.

Incluso en los ordenamientos que han abierto la senda de una despenalización controlada y mitigada se establecen unos requisitos más rigurosos, repudiándose una asociación de esas características con un número tan alto e incontrolable de integrantes. Luego citaremos algunos ejemplos.

La sentencia del Pleno de esta Sala 484/2015, inspiradora en buena parte de la presente, venía acompañada de algunos votos particulares. Pues bien, ninguno de los magistrados componentes de la Sala, ni los que conformaron la mayoría, ni los que tuvieron a bien exteriorizar sus discrepancias con la solución o con algunos de los argumentos, cuestionaban la tipicidad de la conducta allí analizada y eran solo 290 los socios. Alguno de los votos particulares no consideraba viable la condena por razones procesales (conversión de una sentencia absolutoria en condenatoria) o por entender que estábamos ante un error invencible (lo que afectaba a la segunda sentencia; no a la de casación), e invocando en último término una causa suprallegal de no exigibilidad. Pero se hacía expresa protesta del indubitado encaje legal de los hechos en el art. 368 CP (*vid.* igualmente el voto particular que acompaña a la STS 596/2015, de 5 de octubre). Otros consideraban que, siendo típica la conducta, deberían haberse proporcionado algunos parámetros para fijar dónde acaba el consumo compartido despenalizado, y dónde empieza la conducta típicamente antijurídica en el caso de asociaciones canábicas. Entre las pautas que se fijaban se señalaba como ineludible un limitado número de asociados, teniéndose por tal el que no rebasase en ningún caso la treintena. Dista un buen trecho hasta los dos millares de que habla la sentencia. Nada que ver esa ponderada medida con el volumen de socios que maneja la asociación que ahora enjuiciamos.

c) Por fin, que formalmente se asumiese la obligación de consumir la droga en el local no añade nada significativo. También en el caso examinado en la citada STS 484/2015 como aquí, no se declaraba probado que la droga intervenida en el exterior del local social procediese de la asociación. Y se apostillaba expresamente que ese elemento era prescindible para afirmar la tipicidad, en aseveración no cuestionada en ninguna de las opiniones discrepantes y que además se reitera en la STS 596/2015. La antijuridicidad o no de la conducta no puede bascular sobre ese dato. Quedaría la salud pública supeditada a un requisito formal: sería delito si se consiente, aunque sea esporádicamente, consumir la sustancia fuera del local; y no lo sería si se consume en

el local. ¿Qué diferencia desde la perspectiva del bien jurídico hay entre ambos supuestos para que solo el primero sea merecedor de una pena privativa de libertad?

(...) Conviene en primer lugar resaltar que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal es, en principio, dato intrascendente. Estamos ante un delito de riesgo que protege la salud pública. Una asociación dedicada a distribuir de manera gratuita y altruista drogas, incluso si se limita a repartirla entre quienes, siendo usuarios, demostrasen penuria de medios económicos, favorece el consumo ilegal de sustancias estupefacientes (art. 368 CP). Para el bien jurídico «salud pública» es indiferente que la difusión de droga se efectúe mediante precio, gratuitamente, o restituyendo exclusivamente su coste. Si se conviene que una actividad como la analizada en este procedimiento no pone en riesgo el bien jurídico tutelado de forma penalmente relevante, discriminar entre unos y otros supuestos (puro altruismo con gratuidad total, lucro desmedido, o mera contribución a los gastos) se antoja caprichoso. En principio el riesgo para la salud pública generado, si se produce, no varía por razón del móvil que anima al autor. Si se sostiene que la producción y distribución de cannabis en las condiciones en que lo hacía la Asociación de referencia no afecta de modo penalmente significativo al objeto de protección del art. 368 CP, no habría razones para sostener que sí quedaría vulnerado si la distribución fuese gratuita; y menos todavía (la facilitación tendría menor potencialidad difusora por menos atractiva) si se exigiese el pago de precios superiores para propiciar una justa remuneración por sus tareas a los responsables o incluso para acumular ganancias concibiéndola como negocio. Las motivaciones egoístas o lucrativas pueden despertar más antipatía o mayor reproche; pero en relación estricta al bien jurídico son rigurosamente neutras. El objeto de protección no es el patrimonio o la capacidad económica del consumidor de estupefacientes.

La presencia de ánimo de lucro solo tendrá relevancia indirectamente, como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la alteridad que es presupuesto de la punición de estas actividades.

El autoconsumo está excluido del radio de acción del art. 368 CP. El autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa.

Pues bien, un factor de identificación de lo que es consumo compartido para diferenciarlo de lo que es una acción de facilitación del consumo ajeno puede estribar precisamente en la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunde en beneficio de quien aporta la droga para la ingesta conjunta. Será claro indicador de que su conducta rebasa el estricto autoconsumo compartido. Comercia; y eso acredita la alteridad. Ya no es un grupo reducido que conjuntamente compra y consume. Y es que, en efecto, aunque la denominación consumo compartido está consagrada, sería más exacto, como se ha propuesto hablar de «compra compartida» o «bolsa común».

Ahora bien, de ahí no cabe extraer la peregrina consecuencia de que el ánimo de lucro tenga significación decisoria a efectos del bien jurídico.

(...) La pieza central del discurso argumental ha de ser el art. 368 CP, aunque no en exclusividad: la legislación administrativa sobre drogas tóxicas o estupefacientes ha de ser tomada también en consideración. No en vano el tipo contiene una referencia normativa (consumo ilegal).

Al mismo tiempo, la normativa convencional o supranacional se erige en referente insoslayable.

A nivel internacional es de cita obligada la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única, de Naciones Unidas. La toxicomanía constituye un mal grave para el

individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, declara el Convenio. El cannabis está incluido en el listado de sustancias cuyo consumo se pretende combatir.

Tanto esa Convención de 1961 (art. 36), como la posterior de Viena de 1988 (art. 3) obligan a los países firmantes a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

En la Unión Europea es instrumento básico la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. El proceso de revisión a que está sometida en la actualidad no afecta a lo que es determinante para la cuestión aquí estudiada.

A los efectos que nos interesan ahora resulta esencial la lectura de su art. 2:

«1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho:

- a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas;
- b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis;
- c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a);
- d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines.

2. Las conductas expuestas en el apartado I no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional».

Si mediante el art. 368 CP se reputa debidamente incorporada al ordenamiento interno esa Decisión, no es fácil armonizar con los contundentes términos del transcrito precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en la distribución periódica de cannabis a los miembros de una asociación en número superior a dos mil personas escape a la prohibición penal que propugna la Decisión. Bien es cierto que el párrafo segundo habilita a los Estados para excluir los casos en que los autores actúan con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional (la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo a ese artículo en el proceso de modificación aludido no cambiaría esencialmente los términos de la cuestión). Subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo personal. Pero hay unos límites a la interpretación: se precisan equilibrios lingüísticos y denodados esfuerzos dogmáticos tanto para considerar la actividad ahora contemplada como exclusivo consumo personal; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la inter-

pretación tradicional y durante muchos años incuestionada de un precepto legal no alterado en la categoría de legislación nacional. Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles. Pero habría que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo exclusivo consumo personal. Si quisiéramos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del consumo o cultivo compartidos como conductas impunes hasta esos extremos sería paso previo ineludible la activación del mecanismo de la cuestión prejudicial para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un consumo asociativo concebido de manera tan amplia.

La no persecución en algunos miembros de la Unión de supuestos asimilables (Países Bajos, significativamente) en determinadas circunstancias es posible a causa y con base en un principio de oportunidad que rige en su proceso penal y a la forma de funcionamiento de su Fiscalía. Los comportamientos que se desarrollan en un *coffeeshop* están regulados en el art. 11 de la Dutch Opium Law en condiciones muy severas refrendadas por algún pronunciamiento no lejano de la Corte Suprema de tal nación. El art. 2, párrafo 2 de la Decisión marco, sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 g cannabis) que ha permitido incluso la apertura de un club social de cannabis con reglamentación muy estricta (vid. S. Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, asunto C-137/09, asunto Marc Michel Josemans). Las reglas e instrucciones previstas en la Opium Law deben ser respetadas. El suministro y la producción, son perseguibles en todo caso.

El necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco muy someramente de algunas otras tendencias en el derecho comparado. No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países.

En Uruguay la Ley n.º 19.972 regula la producción, distribución y venta de cannabis. Se tolera su plantación, cultivo y cosecha doméstica, entre otros fines, para el consumo personal o compartido. Como tal se entiende el cultivo de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta un máximo de 480 gramos. Queda igualmente legitimada la plantación, cultivo y cosecha de plantas por clubes de membresía, que funcionarán bajo control del denominado Instituto de Regulación y Control del Cannabis. Deben estar autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación y en las condiciones definidas reglamentariamente. El número de socios no puede sobrepasar los cuarenta y cinco; esta limitación contrasta con la amplitud del supuesto origen de este asunto. Se pueden plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de recolección un máximo de acopio proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el consumo no medicinal de dicha sustancia –40 gramos mensuales por usuario–. También en ese punto es significativo el contraste que resulta de una comparación con lo que relata el hecho probado de la sentencia ahora fiscalizada.

Cuatro Estados de USA –Colorado, Washington, Oregón y Alaska– han legalizado el uso recreativo de la marihuana. Otros veinte lo habían hecho, desde 1996, para exclusivo uso medicinal. Las normas coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En todo caso la distribución y venta ilegal de marihuana sigue conformando un delito federal de acuerdo con la Controlled Substances Act (CSA). El Departamento de Justicia publicó el 29 de agosto de 2013 una guía dirigida a los Fiscales Federales en la que se incluyen los criterios a seguir ante esta realidad, confiando en que los controles estableci-

dos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.

También en esos ordenamientos en que se ha procedido a una parcial liberalización, hechos como los aquí analizados serían objeto de persecución penal.

(...) En la esfera de la normativa administrativa cumplidamente expuesta y glosada en el recurso del Fiscal, hay que atender a las disposiciones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas. Según su art. 2 «se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca» (Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto).

Con meridiana claridad el art. 8 de la ley prohíbe su producción:

«Ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización». El art. 9 excepciona tan solo el cultivo de cannabis destinado a fines industriales siempre que carezca de principio activo.

Su propaganda u oferta están igualmente prohibidas (art. 18) a salvo las correspondientes autorizaciones.

A nivel autonómico y local el cuadro normativo se ha enriquecido en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal.

La Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra está suspendida en virtud de resolución de fecha 14 de abril de 2015 del Pleno del Tribunal Constitucional (asunto 1534-2015) luego ratificada por Auto del mismo Tribunal de 7 de octubre siguiente en el que podemos leer:

«En suma, una vez acreditada la existencia de una relación causal entre la vigencia de la Ley impugnada, que regula las actividades de unas asociaciones constituidas en torno a la práctica del consumo de cannabis, y la posible realización en el marco de sus previsiones, de conductas que podrían ser subsumibles en el tipo penal contemplado en el art. 368 CP, este Tribunal debe concluir que la vigencia de la Ley autonómica tendría un impacto claramente negativo no solo en la seguridad y salud públicas, sino también en la seguridad jurídica, al permitir que se crearan situaciones de hecho que dificultarían gravemente la restauración de la legalidad penal si las conductas contempladas por la Ley fueran después calificadas como infracciones penales, produciendo con ello perjuicios importantes e irreversibles o difícilmente reversibles en los intereses públicos.

Ante la señalada relación directa no puede prevalecer la presunción de validez propia de las leyes emanadas de una asamblea legislativa democráticamente elegida. Por ello, nuestra decisión debe consistir en mantener la suspensión de la norma controvertida en su totalidad».

La Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, por la que se aprueban criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas y sus clubes sociales y las condiciones del ejercicio de su actividad para los ayuntamientos de tal comunidad, o una Ordenanza municipal del Ayuntamiento de San Sebastián aprobada en el Pleno celebrado el 30 de octubre de 2014 constituyen otras referencias normativas en un plano inferior.

(...) Retornemos al ordenamiento penal. El art. 368 CP castiga, el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada: «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines».

Se quiere abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto.

La STS 1312/2005, de 7 de noviembre, explica cómo el objeto de protección es especialmente inconcreto. La salud «pública» no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente consideradas. El objetivo, del legislador, más que evitar daños en la salud de personas concretas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población

El consumo ilegal es el concepto de referencia del tipo penal. En sí mismo no está incluido como conducta punible; pero es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo. Entre esos actos se mencionan expresamente el cultivo, la elaboración o el tráfico.

Acotar qué ha de entenderse como consumo ilegal es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que consumo ilegal (es decir, no conforme a la legalidad aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción) es «toda utilización o ingesto de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud» (STS 670/1994, de 17 de marzo). Si se entendiese de otra forma el consumo ilegal, vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como último puerto de destino una acción de autoconsumo (salvo supuestos nada frecuentes que, precisamente por ello, en algunos casos pudieran no estar cubiertos por la tipicidad del art. 368: vid STS 469/2015, de 30 de junio). Que ese autoconsumo no sea punible no lo convierte en legal.

Lo explica el citado precedente jurisprudencial: «Al negar el carácter ilegal del autoconsumo el recurrente está confundiendo la ilicitud genérica de un acto dentro del ordenamiento jurídico con la ilicitud penal, cuando esta es sólo una parte de aquella ilicitud acotada por las definiciones típicas de la ley punitiva, esto es, la antijuridicidad tipificada. De la propia estructura del tipo del art. 344 del C. P. cae por su peso que por «consumo ilegal» de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesto de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. La tesis del recurrente de que por el hecho de que el autoconsumo no está sancionado penalmente, es un consumo legal, por lo que toda entrega o facilitación de la droga a un consumidor no puede entenderse como favorecimiento del consumo ilegal que exige el tipo del art. 344, vaciaría de contenido dicho precepto penal y desampararía el bien jurídico que pretende tutelar, que se vería puesto en peligro con actos que no podrían ser reprimidos cuando, por el contrario, es precisamente ese consumo por los drogodependientes lo que, en defensa de la salud pública, se pretende combatir con la norma prohibitiva y sancionadora de su promoción, favorecimiento y facilitación que se incluye en el citado art.º 344.

El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España

al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación (art.º 96.1 C. E.). Estos convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art.º 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967, ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su art.º 1.º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias, y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son «géneros prohibidos». De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance, forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos.

En conclusión, y para dar respuesta a la petición expresa de los recurrentes, debemos declarar que todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un «consumo ilegal» a los efectos de cumplir el tipo del art. 344 del C. P., como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente».

El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. Todas las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido) son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción...). También el cultivo o aprovisionamiento serán atípicos cuando no se detecte altitud presupuesta de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros. Son contrarios a la legalidad, pero carecen de relieve penal.

(...) La desmesurada extensión, antes aludida, de la conducta castigada en el tipo penal, combinada con la consideración como impune del consumo propio (por más que no pueda definirse como legal desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico), así como la necesidad, confesada o no, de limitar el alcance del precepto punitivo embridando su aptitud gramatical para acoger acciones muy dispares, ha llevado a considerar atípico no sólo el consumo particular, sino también el practicado en grupo aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación recíproca entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia).

Si particularizamos los requisitos reiterados por este Tribunal para aplicar esta doctrina, las posibilidades de ser proyectada a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas; nulas.

Ni en su fundamento ni en sus requisitos pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis.

Contamos con un primer precedente jurisprudencial ya aludido referido específicamente a una asociación de similar naturaleza. La STS 1377/1997, de 17 de noviembre, abordó hace ya más de quince años un supuesto semejante ofreciendo una respuesta tan inequívoca como contundente.

La filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando. «Compra conjunta» o «bolsa común» son quizás, como se dijo, denominaciones más precisas.

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio:

Es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre, y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras).

La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

1.º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2.º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo «en lugar cerrado». La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3.º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

4.º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre, o la STS 888/2012, de 22 de noviembre, en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobra:

a) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reproducible finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de enero de 1995).

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad ha de ser reducida o insignificante (STS de 28 de noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de marzo de 1995),

e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de marzo de 1998).

f) Debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de febrero de 1999).

Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre, alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando

un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

Tal sentencia acaba por afirmar la tipicidad en virtud de la relevante cantidad de droga ocupada que excedía de la destinada a un consumo inmediato o diario. Además «los recurrentes no afirman que la droga ocupada hubiese sido adquirida mediante un fondo común para su consumo en un acto concreto por un pequeño número de adictos previamente identificado, sino que la califican como sobrante de una fiesta ya realizada, y dispuesta para consumos ulteriores por visitantes de la casa, que variaban de una vez a otra. Es decir, por plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, lo que implica actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina.

En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico, por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien, cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería «típico».

(...) Retomemos el supuesto analizado. La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de usuarios habituales de la sustancia, y demás circunstancias que rodean esa actividad desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina sino sobre todo su filosofía inspiradora.

Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos –uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad–; y la organización metódica de una estructura institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración casi indiscriminada, sucesiva y escalonada de un número no limitado de personas hasta superar los dos mil. Esto –se capta intuitivamente– es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino planificada, preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse «reducido» y que permanece abierto a nuevas incorporaciones ilimitadas.

Se hace inadmisibles considerar que no es favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.

No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado. Precisamente por ello podrían generarse llamativas paradojas: negar la incardinación de supuestos como éste en el art. 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

Admitir la atipicidad propugnada por la sentencia de instancia llevaría inmediatamente, salvo complicados razonamientos, a respaldar asociaciones semejantes en relación a las denominadas drogas duras. Cientos de consumidores de cocaína o de sustancias psicotrópicas, coordinados para el cultivo de cocaína o para proveerse de esas sustancias y distribuir las organizadamente sería actividad tolerada. No es difícil comprender que esa conducta está prohibida penalmente por decisión consciente y expresa de nuestro legislador.

(...) Como ya se dijo en la STS 484/2015 estas consideraciones no obstan a que puedan quedar al margen del Derecho penal acciones que en una primera aproximación encajarían –como el consumo compartido– en los amplísimos contornos de la descripción típica del art. 368 CP pero en las que, como en éste, no se detecten las razones que motivan esa punición por faltar la alteridad. Se trataría, como en el consumo compartido, de actuaciones asimilables al autoconsumo, aunque se prediquen de un colectivo. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. La atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico no son equivalentes. Hay conductas ilícitas –el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (art. 8.1 de la Ley 17/1967 ya citada)–, que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias. De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico.

Como se decía en la STS 484/2015, la actividad desarrollada por los conocidos como clubes sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.

Sí traspasará las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.

Evaluar cuándo la filosofía que inspira la atipicidad de la «compra compartida» puede proyectarse a supuestos de cultivo o acopio colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuridicidad desde el bien jurídico –evitar el riesgo para la salud pública– a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente. Pueden apuntarse indicadores o factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es tarea de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) elaborar una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del art. 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito. Eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar la tipicidad del art. 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aún

siendo colectiva, encaje naturalmente en este segundo ámbito, por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no son típicas.

Desde esas premisas son indicadores que favorecen la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad; el carácter cerrado del círculo; el consumo ordinariamente en recinto cerrado; de la intensidad de los vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y tanto constatar los respectivos hábitos de consumo; como adquirir la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado;

No se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, informal y sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, en el bien entendido de que finalmente habrá que dilucidar caso a caso la presencia o no de esa condición de alteridad, aunque aparezca camuflada bajo una ficticia apariencia de autogestión.

El número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados, que adoptan ese acuerdo de consumo; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de proselitismo, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación –consumo en lugares cerrados– o trivialización –tal conducta, siendo atípica, es ilícita–, ayudarán a afirmar esa atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

En el supuesto ahora analizado un núcleo de personas organiza y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control... y ponen tal estructura al servicio de un grupo amplísimo e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores –aunque sean también consumidores– frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta penalmente no tolerada.

Tratándose de consumo, que no de cultivo, compartido habrá que estar a las pautas reiteradas en la jurisprudencia bien entendidas, es decir, no como requisitos *sine qua non*, sino como criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar.

En conclusión, yerra la Audiencia al considerar esta conducta irrelevante desde el punto de vista penal: es una actuación típica antijurídica y merecedora de reproche penal, salvo que concurra alguna causa de inculpabilidad.

La sentencia ha de ser casada.

VOTO PARTICULAR.

QUE FORMULA LA MAGISTRADA D.^a Ana María Ferrer García:

(...) Generalmente la jurisprudencia de esta Sala ha considerado el delito contra la salud pública como un delito de riesgo abstracto, que se encuentra presente en la acción, aun cuando no estén identificados los posible afectados. Si bien, como matizaba la STS 29 de mayo de 1993 (recurso 1471/1991) «peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada... no están concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso

es que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquel bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción».

El tráfico de drogas es, pues, un delito de peligro abstracto, en el que se adelantan las barreras de protección con la consumación anticipada, pero eso no autoriza a prescindir de la potencialidad del daño individual y de su prueba. Referencia sin la que no podríamos distinguir entre sustancias que causan grave daño a la salud y otras que causan menor daño.

Cualquier análisis acerca de lo que debemos entender como salud individual y su protección nos conecta con la relevancia del consentimiento, hasta concluir que la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad libremente formada de su titular, por lo que las autolesiones resultan impunes. Sobre esta idea afirmamos la atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas, que, aun cuando pueda perjudicar a la salud individual, no afecta a la pública en la medida que no implique riesgo de difusión entre otros sujetos. Y esta idea nos permite acotar el alcance del artículo 368 CP cuando habla de «consumo ilegal».

No es que el autoconsumo atípico sea legal, pues la legalidad no se identifica exclusivamente con la penal sino también con la administrativa, y de acuerdo con la misma, como puso de relieve la sentencia del Pleno con reproducción de lo dicho al respecto en la STS 670/1994, de 17 de marzo, será ilegal «toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud».

A lo que se refiere el artículo 368 CP es al consumo «ilegal» pero ajeno o de un tercero, pues el «ilegal» pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma. Los contornos de la libertad individual no se desdibujan por el hecho de que sean varios los sujetos concernidos, de tal manera que en relación al bien jurídico protegido por el artículo 368 CP, considerar el autoconsumo de varios atípico es consecuencia obligada de la atipicidad del autoconsumo de cada uno. No habrá peligro para la salud pública ni tipicidad, cuando la droga esté destinada a un solo y concreto individuo o a varios determinados que han contribuido a su adquisición, siempre que la cantidad se adecue al consumo de que se trate, y pueda descartarse el riesgo de difusión a terceros.

Generalmente las asociaciones del tipo de la que ahora nos ocupa, conocidas como Clubes de Cannabis, abarcan en su funcionamiento el cultivo de la sustancia que posteriormente distribuyen entre sus socios.

En este caso no cabe hablar de cultivo, pues la sentencia recurrida declaró probado que la Asociación Cultural Línea Verde BCN obtenía la marihuana de ignorados proveedores, por lo que el análisis debe centrarse en dilucidar si su adquisición y el almacenamiento en sus dependencias son actos típicos y si su posterior distribución es un acto de favorecimiento punible.

Lo relevante desde la óptica del bien jurídico es si la distribución de esa sustancia adquirida para el consumo conjunto de los socios se realizaba en condiciones que permitieran asegurar razonablemente que la marihuana no se iba a difundir fuera del colectivo que ellos formaban. Y el riesgo que esto último podía implicar quedó neutralizado porque el consumo que facilitaba la asociación debía realizarse en los locales de la misma, a los que accedían solo los socios. Y este es el punto que sustenta la diferencia del supuesto que ahora analizamos con el de la Sociedad EBERS de Bilbao. Allí los socios podían sacar la sustancia para consumirla fuera de sus locales. En ese momento surge ya un riesgo de difusión a terceros, que si bien es mínimo y prácticamente irrelevante en los casos en que cada uno de los sujetos dispusiera de la cantidad fijada como patrón básico de consumo (2 gramos/día), se incrementa expo-

nencialmente ante la posibilidad de que hicieran acopio para varios días, hasta un total de 180.

Según se desprende del relato de hechos probados de la sentencia ahora recurrida, la Asociación Cultural Línea Verde BCN no funcionaba igual. En su caso el consumo había de hacerse en los locales de la propia asociación. Es cierto que aquél emplea una fórmula algo imprecisa al decir «si bien inicialmente el consumo era dentro del propio local», lo que puede inducir a pensar que después se optó por otro sistema. Sin embargo, hemos de descartar esta hipótesis, pues no solo no dice que así ocurriera, sino que el apartado relativo a la valoración de la prueba que se practicó en el acto del juicio avala esa conclusión. La Sala sentenciadora explicó que todos los acusados afirmaron «su cargo en la asociación y que incluso tenía autorización del Ayuntamiento de Barcelona, que funcionaban como una asociación de consumidores para tener un local donde fumar marihuana, afirmando las reglas de funcionamiento de la asociación que establecían que el consumo debía ser inmediato y en el interior del local, negando se dedicaran a la venta o entrega de papelinás o droga alguna a terceros y afirmando que las sustancias intervenidas eran para su autoconsumo por parte de los asociados a la entidad dentro del local sede de la asociación, y no para sacar la droga fuera del local» sin que se practicara prueba en contrario, más allá de la testifical de referencia de los agentes que hicieron algunas incautaciones de marihuana, respecto a las que el relato de hechos concluyó «sin que haya quedado suficientemente acreditado ni la identidad de las mismas, la cantidad que portaba cada una, ni si la habían o no comprado en el local del que salían, siendo que si eran socios de la asociación».

En conclusión, tratándose de un consumo en las propias dependencias de la asociación, por parte de los distintos socios, quienes sufragan con sus propias aportaciones la sustancia a la que acceden, no se aprecia riesgo de que pudiera verse afectada la salud de terceros ajenos, ni en consecuencia lesionado el bien jurídico que protege el artículo 368 CP, lo que nos proyecta un supuesto de autoconsumo conjunto atípico.

Es cierto que el número de socios, en el que no consta se anotaran las bajas, supera con creces ese núcleo reducido de consumidores que viene fijándose como presupuesto de aplicación de la doctrina de construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido. Pero todos ellos, como miembros de la asociación, contribuían a sufragar la sustancia que estaba destinada a su autoconsumo, sin propósito de que el consumo se pudiera extender al de terceras personas. De esta manera el elemento cuantitativo pierde relevancia cuando podemos excluir un riesgo real y patente de distribución a terceros.

Supuestos como el que analizamos desbordan los contornos de la construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido, que considera atípicos supuestos de consumo plural, en que un número reducido y determinado de personas se agrupan para la adquisición y ulterior e inmediato consumo conjunto en un lugar cerrado, de la sustancia estupefaciente sufragada entre todos (entre las más recientes STS 508/2016, de 9 de junio). Sin embargo, ello no es óbice para, como alternativa, tratar de fijar criterios que faciliten la adaptación a la misma (en este sentido mi apoyo al voto particular formulado a la Sentencia 484/2015 que así lo demandaba). Sobre todo ante la relevancia social de la cuestión, que pretende trazar vías hacia un consumo controlado y responsable de cannabis en sus distintas variedades, entre socios mayores de edad y en pleno uso de sus facultades de autodeterminación y gobierno, aptos, en consecuencia, para decidir respecto a su propia salud. Pues como se decía en el citado voto particular, cuando de asuntos de interés general se trata, y este lo es, compete a esta Sala de Casación hacer evolucionar el derecho para adaptarlo a la realidad social, sin desviarnos del rumbo que marca la seguridad jurídica.

(STS 698/2016, de 7 de septiembre)

ARTS. 368 Y ART. 570 TER CP

Tráfico de drogas. Grave adicción a sustancias: mero consumidor que participa en operaciones de tráfico de importantes cantidades de droga. Grupo criminal: diferencias con codelincuencia

(...) Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho –lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad– y a las circunstancias personales del autor –que nos reconduce al área de la culpabilidad–. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La «escasa entidad del hecho» debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9-6-2010, en la que se invoca la «falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvalorización del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del

comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concudiesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa «y», en lugar de la disyuntiva «o». Desde luego, la utilización de a conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje a apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurren se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurre claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la «escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor», realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo.

Requisitos que no concurren en el caso presente. Así en STS 782/2005(sic) de 14.12, se recuerda que «la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor, la cuantía es uno de los criterios –no el único– que la Ley toma en consideración vital para resolver el asunto. No es el único parámetro para evaluar la gravedad, pero la cantidad es un guía nítida para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho reviste «escasa entidad» será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. Obvio resulta que la implicación del recurrente en una operación de tráfico de cocaína, de 434, 98 gramos con una pureza del 84,8%, impide hablar de la «escasa entidad» del hecho.

(...) 1.º Como hemos dicho en SSTS 337/2014, de 16.4, 577/2014, de 12.7, 454/2015, de 10.7, 505/2016 de 0 (sic).6, entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del L. II, que comprende los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente «todas las formas de criminalidad organizada», y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el «Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada», que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del

Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS 271/2014, de 25.3, se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que «Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes».

«La estructura de las nuevas infracciones –añade la exposición de motivos de la LO 5/2010– responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas».

Asimismo en recientes sentencias 513/2014, de 24.6, 371/2014, de 7.5, la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 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 art. 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».

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que 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 puede apreciarse aunque no concurre ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra solo uno de ellos.

Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas –lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal–.

La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTS 309/2013, de 1.4, 855/2013, de 11.11, 950/2013, de 5.12, 1035/2013, de 9.1.2014.

En las STS n.º 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles «1.º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis. 2.º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter». Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. (STS 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS 950/2013).

La reciente sentencia 277/2016, de 6.4, precisa como la distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo, o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

«1.º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis.

2.º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter».

Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art. 369 1 2.º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1.º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2.º) acudir a una interpre-

tación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal».

2.º Ahora bien una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia.

La STS 309/2013 nos dice que la codelincuencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por «grupo delictivo organizado» [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por «grupo estructurado» [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio, y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno.

A estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohi-

bida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico de estupefacientes, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.

En el caso actual las mismas pruebas que la Audiencia valora respecto la comisión del delito contra la salud pública, permite comprobar que estamos –y así se describe en el factum– ante una agrupación de al menos 7 personas –de ellas 2 en Sudamérica– con funciones y tareas delimitadas, dotada de cierta permanencia y estabilidad, con conexiones en Perú y Bolivia, para la importación a España de sustancias estupefacientes y que surge con vocación de desarrollar una pluralidad de acciones de tráfico, es decir existe una mínima estabilidad que supera el mero concierto para la comisión inmediata de un delito que nos conduciría a la coautoría. La prueba practicada evidencia que nos estamos ante una formación ocasional o fortuita.

(...) En cuanto a la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, hemos dicho en SSTs 312/2011, de 29.4, 347/2012, de 2.5, 38/2013, de 31.1, 733 (*sic*)/2014, de 25.3, que según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse «cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

- 1.º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).
- 2.º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).
- 3.º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como «el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética», y la dependencia como «el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma».

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009, de 27.1; 672/2007, de 19.7; 145/2007, de 28.2; 1071/2006, de 9.11, 282/2004, de 1.4, las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2.^a del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6.º. Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarlos del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a') que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y

b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que «no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto». Ciertamente es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las «acciones liberae in causa»).

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS 21/2005, de 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatorios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2.º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La exigente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la exigente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1.ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Las SSTs 22.5.98 y 5.6.2003, insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada «a causa» de aquella (SSTS 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado «delincuencia funcional» (STS 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP, y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesida-

des de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS 817/2006 de 26.7, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS 30.5.91, y en igual sentido 147(*sic*)/98, de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP. (actual n.º 7).

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTS 16.10.00, 6.2, 6.3 y 25.4.01, 19.6 y 12.7.02.

En la STS 21.3.01 se señala que aunque la atenuante de drogadicción ha sido en ciertos aspectos «objetivada» en el nuevo CP, no cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada, aunque solo sea *ab initio*, por su adición grave el consumo de droga.

La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen (SSTS 15.9.98, 17.9.98, 19.12.98, 29.11.99, 23.4.2001, STS 2.2.200, que cita STS 6.10.98, en igual línea SSTS 21.1.2002, 2.7.2002, 4.11.2002 y 20.5.2003, que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio *in dubio pro reo*.

(STS 714/2016, de 26 de septiembre)

ARTÍCULOS 515.1.º Y 517.2.º CP

Asociaciones ilícitas: tener por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promover la comisión de faltas de manera organizada, coordinada y reiterada. Banda latina «Latin Kings»

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;
- b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio;
- d) el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

En el delito de asociación ilícita del art. 515.1.1.º –asociación para delinquir– el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

2. En la sentencia de esta Sala 1057/2013, de 12 de diciembre, se afirma que las modificaciones operadas en el Código Penal a través de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, han hecho que actualmente este art. 515 CP actúe como tipo residual respecto de las más específicas figuras de la organización criminal y del grupo criminal a que se refieren los arts. 570 bis, ter y quáter del Código Penal. Sobre estos últimos, expresa la STS núm. 544/2012, de 2 de julio: «La introducción en el Código Penal de los nuevos artículos que se diseñan en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal, mediante la reforma operada mediante LO 5/2010, denominado tal Capítulo como “De las organizaciones y grupos criminales” (arts. 570 bis al 570 quáter), ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos

fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles las asociaciones ilícitas en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece, objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión, junto a las que pretenden la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada».

La inclusión de este precepto dentro de los delitos contra el ejercicio de determinados derechos constitucionales produjo una restricción de su ámbito en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, ya que se exigía una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc., que se diferenciaban en gran medida de otras situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito del consorcio delictivo (...). Pero ha de comprobarse también que tanto en la definición de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis, como en la de los grupos criminales, que se contemplan en el artículo 570 ter, siempre se pluraliza la finalidad delictiva, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigidas a la comisión de varios delitos («... a fin de cometer delitos...»), así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los art. 570 bis y ter confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien, la exclusión propugnada por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1.º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación.

3. Los hechos que se juzgan ahora son anteriores a la reforma de 2010 en tanto que acontecidos el 10 de diciembre de 2009, razón por la que habremos de centrarnos, como señala la sentencia 1057/2013, en la vocación generalista atribuida entonces al art. 515.1.º CP y en su desarrollo jurisprudencial. Al efecto, ya se señaló en la STS núm. 421/2003, de 10 de abril, que el bien jurídico protegido por este precepto lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional del mismo. Serán distintos el bien jurídico protegido por el tipo de asociación ilícita y aquel que se protege a través de la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

En esa misma sentencia 1057/2013 se destacan como rasgos estructurales del grupo de los Latin Kings los siguientes:

1) se organizan bajo un sistema jerárquico de sustrato piramidal, con un organigrama bien definido;

2) en su ideario necesariamente incluyen una vocación de territorialidad, dentro del espacio físico en el que se mueven y desarrollan sus actividades o forma de vida, recibiendo su división celular diferentes nombres en función de la «tribu» ante la que nos encontremos, así como del tamaño de la célula dentro de la estructura agrupacional (reinos, capítulos o «chapters», coros...);

3) cuentan con su particular «literatura» o libro de normas, que define bajo perfiles muy nítidos su credo y el conjunto de reglas por las que habrán de regirse, asumidas por sus componentes como un ritual de obligado respeto y acatamiento; en ocasiones, definen ceremoniales, oraciones y festividades propias, así como sistemas de comunicación mediante códigos encriptados, más o menos complejos, habitualmente alfanuméricos;

4) el control de la estructura interna se mantiene a través del acatamiento no sólo de las señaladas reglas generales del grupo, sino muy especialmente de una férrea disciplina, basada en la obediencia y el respeto hacia los superiores en el orden jerárquico, lo que, dado el caso, se traduce en el acatamiento de las órdenes desde ellos recibidas, sean o no delictivas por sí mismas;

5) elemento esencial para la subsistencia de estos grupos es que los miembros no sólo rindan esa sumisión reverencial a los superiores en el orden jerárquico, sino también que realicen aportaciones económicas, que suelen tener carácter periódico (semanal, mensual...), estando dirigido dicho canon a sufragar la organización de eventos y reuniones, a ayudar a otros componentes del grupo que se encuentren con problemas financieros o judiciales, etc.;

6) la incorporación al grupo, habitualmente a una temprana edad, viene asimismo marcada por su propio ritual: es usual que los aspirantes tengan que superar una suerte de pruebas iniciáticas, que bien pueden consistir en soportar castigos físicos o bien mostrar su valor mediante la ejecución de acciones por sí mismas delictivas, habitualmente atracos y agresiones físicas a ciudadanos de a pie, o bien a miembros de otros grupos que se consideran rivales (no así con las «tribus» con las que exista un pacto de no agresión o «primage»). La superación de estas duras pruebas convierte al aspirante en miembro de su «familia», a la que pertenecerá a todos los efectos y de la que difícilmente podrá desgajarse o desprenderse en un futuro.

Pues bien, todos esos caracteres se cumplimentan en el presente caso, para lo cual es suficiente con repasar el *factum* de la sentencia recurrida, en el que se describen toda la estructura y caracteres de la asociación de los Latin Kings en la zona de Cataluña.

4. Un segundo problema es si los acusados han de ser condenados por el apartado 1.º del art. 517 del C. Penal, es decir, en la condición de fundadores, directores o presidentes de la organización Latin Kings, o sólo por el apartado 2.º del mismo precepto, esto es, como meros miembros activos. El recurrente y los otros acusados han sido condenados no como directivos sino como miembros activos de la asociación ilícita, por lo que no se generan problemas en orden a la exclusión de la hipótesis más grave de actuar como directivo de la asociación, ni tampoco se plantea esa cuestión en el recurso. Pues lo que lo que realmente impugna la parte es la mera pertenencia a la asociación ilícita Latin Kings, cuestión fáctica que ya ha sido resuelta en el fundamento precedente.

En efecto, el propio acusado ha admitido su pertenencia a la asociación en los años precedentes a los hechos delictivos, en concreto hasta el año 2007, y como en la fecha de la acción homicida, a tenor de los hechos declarados probados, sigue actuando como miembro activo de la asociación, deviene incontestable que sí estamos ante un sujeto que perteneció a los Latin Kings y sigue perteneciendo como miembro activo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

(STS 852/2016, de 11 de noviembre)

ARTÍCULO 578 CP

Enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas: doctrina constitucional sobre el eventual conflicto entre la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo y el derecho a la libertad de expresión

Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (STS 846/2015, de 30 de diciembre). La simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta *per se*, situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio.

Igualmente tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza, según consideración extraída de los precedentes jurisprudenciales reseñados en el escrito de recurso. No puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, derechos que ostentan un máximo rango en un estado democrático. De ajustarse la conducta al marco constitucional de esas libertades operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho).

El ejercicio de esos derechos cuenta también con barreras, mínimas y lejanas; pero barreras. O, por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto a otros (humillación víctimas) y la prohibición de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción convirtiéndose en germen, más o menos remoto, de nuevas acciones de esa naturaleza.

(...) Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (en esa redacción fundamenta la Sala la condena): «El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».

La redacción proviene de la reforma que, en materia de terrorismo, operó la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. En el apartado III de su exposición de motivos se encuentran unas palabras que quieren explicar la decisión de política criminal que inspiró la inclusión de esta figura: «La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a

quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...).

(...) El tipo penal aplicado persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa «en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades» (STS 224/2010, de 3 de marzo). Como apostilla la STS 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

El delito de enaltecimiento del terrorismo exigía publicidad («... por cualquier medio de expresión pública o difusión...»). En la actualidad sigue siendo así, aunque el requisito aparece de forma más desvaída (art. 578.1).

No sucede así con el tipo de humillación a las víctimas de aquél («... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas...»). Esta segunda figura reviste una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo; aunque también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y

valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco (las palabras «menosprecio» o «descrédito» traen a la memoria el art. 457 CP 1973 con su clásica definición de injurias).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

(...) Ha examinado recientemente este delito la STC 112/2016, de 20 de junio, que fue expresamente invocada en la vista por el representante del Ministerio Público. Merece la pena, aunque padezca la brevedad hacerse eco de las consideraciones de tal Alto Tribunal pues es su primer pronunciamiento sobre el delito del art. 578 CP lo que le dota de cierto carácter emblemático: «La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones. La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone los siguientes elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, se subraya 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 con ello se destaca 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” [FJ 2 a)].

La STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido 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”; y que 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”, ya 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 demo-

crático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” [FJ 2 b)].

(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera 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 y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)].

En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (FJ 4). Igualmente se recordaba que “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» (FJ 4). Y, además, que “[e]s 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” (FJ 4).

(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser

interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a 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” [FJ 2 d)].

En relación con lo anterior la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en 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, lo que determina que “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” y “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que “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” (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5)».

3. La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En la STC 235/2007, en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que «la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión» (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que «tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse

que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE» (FJ 9).

Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.

En el marco del Consejo de Europa, cabe destacar la aprobación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 («BOE» núm. 250, de 16 de octubre de 2009). El art. 5.1 de este Convenio, bajo la rúbrica «provocación pública para cometer delitos terroristas», establece que «[a] los efectos del presente Convenio, se entenderá por “provocación pública para cometer delitos terroristas” la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos. En el art. 5.2 se impone a los Estados parte, entre ellos España, la adopción de «las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente».

El informe explicativo de este convenio destacó, en relación con la sanción penal de estas conductas, los riesgos derivados de una eventual limitación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, enfatizando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –se citaba la STEDH de 20 de enero de 2000 (TEDH 2000, 9), asunto Hogefeld c. Alemania– había establecido que no puede quedar amparado bajo el legítimo ejercicio de este derecho la incitación a actos terroristas violentos, por lo que ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una incitación indirecta a delitos terroristas violentos están en consonancia con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 92 del informe explicativo). Igualmente se puso de manifiesto que en el origen de la definición de esta conducta de provocación pública están los documentos elaborados por el grupo de trabajo sobre apología del terrorismo del comité de expertos sobre terrorismo del Consejo de Europa (Codexter-Apologie), quien había propuesto centrarse, entre otras conductas, en las expresiones públicas de apoyo a actos terroristas o grupos (§§ 86 a 88 del informe explicativo); teniendo para ello presente tanto las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como del Comisionado para los Derechos humanos del Consejo de Europa que también habían sugerido que tal disposición podría cubrir, entre otras conductas, la difusión de mensajes de elogio al autor de un ataque terrorista (§ 95 del informe explicativo). De ese modo, se concluye en el informe explicativo que si bien finalmente en el art. 5.1 del Convenio se utiliza una fórmula genérica frente a otra más casuística, permite una cierta discreción a los países para definir este delito en relación con, por ejemplo, la conducta de

difundir la idea de que un acto terrorista pueda resultar necesario y justificado (§§ 96 a 98 del Informe explicativo).

Por su parte, en el marco de la Unión Europea, si bien en la redacción originaria de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo («DOCE» núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 («DOUE» núm. L330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por «“provocación a la comisión de un delito de terrorismo” la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos».

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. A esos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la constatación de que este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), conforme al cual, su ejercicio «podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Igualmente, también ha sostenido que la libertad de expresión puede sufrir excepciones, en segundo lugar, en aplicación del art. 17 CEDH, conforme al cual, ninguna de las disposiciones del Convenio «podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad –mediante el enaltecimiento de la propia actividad– (por ejemplo, SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. Özgür Gündem c Turquía, § 65; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía, § 37; 7 de marzo de 2006, as. Hocaođullari c Turquía, § 39; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía –núm. 3–, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad –mediante el enaltecimiento de sus autores– (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, § 66; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43). En aplicación de esta doctrina han sido diversas las resoluciones bien de inadmisión (DDTEDH de 13 de noviembre de 2003, as. Gündüz c Turquía –núm. 2–; de 16 de junio de 2009, as. Bahceci y otros c Turquía) bien de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de

expresión (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana c Turquía; de 8 de julio de 1999, as. Sürek c Turquía –núms. 1 y 3–; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía; 7 de marzo de 2006, as. Hocaođullari c Turquía; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía –número 3–; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France) en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos.

En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión –que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular–, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578– «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución»– supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades .

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia.

(STS 820/2016, de 2 de noviembre)

ARTÍCULO 616 TER CP

Piratería: apoderarse, dañar o destruir una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas. Tipo alternativo que admite distintas formas comisivas en el que no se requiere que el acto depredatorio llegue a realizarse, despojando a su titular del buque o quedando este inservible para su uso para que se entienda consumado

El delito previsto en el art. 616 ter del CP, como con acierto recuerda la sentencia de instancia, es consecuencia del cumplimiento del mandato internacional asumido por España a raíz de la suscripción de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada debida-

mente por España (BOE núm. 39, 14 febrero de 1997). En su art. 101 define qué conductas han de considerarse constitutivas de un delito de piratería. Y su lectura, desde luego, descalifica el legítimo pero insostenible argumento de la defensa acerca de la posibilidad de que los hechos declarados probados sean considerados constitutivos de un delito de tentativa de piratería. En efecto, allí se dice que «constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente».

Como puede apreciarse, ni el art. 616 ter del CP, ni el art. 101 de la referida Convención Montego Bay, condicionan la consumación del delito de piratería a que el acto depredatorio llegue a realizarse, despojando a su titular del buque, o que éste quede inservible para la navegación a la que habitualmente se dedica.

Además, el Instrumento de Ratificación del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005 (BOE núm. 170, 14 julio 2010), precisa, en los dos primeros apartados del art. 3.1, que «comete delito en el sentido del presente Convenio toda persona que ilícita e intencionadamente: a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque».

En consecuencia, la idea de que la sentencia de instancia ha errado en el juicio de subsunción, pues los hechos deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito intentado de piratería, es tan legítima como inaceptable. El art. 616 ter del CP es bien claro cuando integra en el tipo objetivo, tanto la acción violenta o intimidatoria de dañar o destruir un buque, como el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo del mismo.

(...) La Sala no puede identificarse tampoco con la propuesta interpretativa que sugiere el motivo, referida a la interpretación de la locución «atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo». Sea cual fuere la coincidencia o disimilitud que quiera atribuirse al vocablo «atentar» con el delito de atentado a que se refieren los arts. 550, 551 y 552 del CP, está fuera de dudas que disparar con fusiles de asalto AK 47 a la banda de estribor de un atunero, obligando a repeler esos disparos por la seguridad del barco, integra el tipo alternativo de simple actividad a que se refiere aquel precepto.

Cita con razón el Ministerio Fiscal el importante precedente representado por la STS 313/2014, 2 de abril, en el que esta Sala estimó el recurso promovido contra la decisión de la Audiencia Nacional, que había calificado los hechos como constitutivos de un delito intentado de piratería. En el apartado 4.º del FJ 4.º de nuestra resolución nos expresábamos en los siguientes términos: «... el tipo del artículo 616 ter del Código Penal, castiga, como hemos dicho, no sólo a los que con violencia, intimidación o engaño, se apoderen, dañen, o destruyan una aeronave, buque, u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, sino también a los que atenten contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas. Siendo así, los

hechos declarados probados también podrían ser subsumibles en esta segunda forma de piratería, que hubiera quedado igualmente consumada. Lo que quiere decir que se trata de un tipo alternativo por cuanto en su primera forma de comisión exigiría un resultado mientras que para la segunda bastaría la mera actividad. También debe resaltarse que el legislador haya previsto específicamente el concurso real en el segundo párrafo y en relación con los delitos cometidos además del de piratería descrito en el párrafo primero del precepto que comentamos. [...] La sentencia de instancia descarta esta posibilidad porque, aun cuando constan los impactos en el buque, de ninguna de las declaraciones de los tripulantes se puede concluir que fueran dirigidos a ellos, y constituirían una mera acción de intimidación. De hecho, añade, ninguno de ellos resultó herido, y no consta trayectoria dirigida a sus posiciones. [...]». Pero lo cierto es que, de conformidad con el *factum* de dicha resolución, complementado en los fundamentos en el apartado «prueba de los hechos» [2.1 (vi)], se especifica que «... los ocupantes de un esquiife, que llegaron a colocar escalas, a disparar hacia cubierta... y emprendiendo la huida al ser repelidos», no solo procedieron a disparar contra la estructura del barco, sino también hacia la cubierta, contingencia que motivó que fueran respondidos desde el mismo. Concretamente fue un cabo primero de infantería el que efectuó disparos con su rifle y a continuación con la ametralladora. El citado cabo, según se declara también probado, estaba de guardia en la cubierta de popa cuando se apercibió de la presencia del esquiife, de la que informó vía radio, al oficial de guardia. Entonces se establece zafarrancho de combate, se incrementa la velocidad del buque, cayendo a babor con el objeto de separar al esquiife y se producen los disparos. Se puede pues afirmar que, independientemente de que los disparos estuvieran dirigidos específicamente a los tripulantes del buque, o que estos resultaran o no heridos, se atentó sin duda contra ellos y contra este último, pues se les agredió violentamente, disparando sus fusiles del tipo AK-47 hacia la cubierta, lugar de vigilancia, paso y presencia de la tripulación. [...] En este sentido debe otorgarse al verbo atentar su significado vulgar, y no equiparlo necesariamente al que se deriva de los artículos 550 y concordantes del Código Penal, donde se castigan los atentados contra la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos. Poco o nada tienen que ver estas últimas infracciones penales con las conductas penadas en el artículo 616 ter, donde no es el principio de autoridad el protegido sino la seguridad en el tráfico marítimo y aéreo a la que ya hemos aludido. Ello explicaría que se pueda atentar contra cualquier buque o aeronave, pública o privada; y no solo contra las personas, sino también contra el cargamento o los bienes. Lo que responde al significado del verbo atentar como equivalente a ejecutar o emprender alguna cosa ilegal o ilícita, significado más amplio que el estrictamente penal dirigido contra las personas».

En suma, el delito de piratería previsto en el art. 616 ter del CP admite distintas formas comisivas, al responder su estructura a la que es propia de los tipos alternativos. La primera de ellas exigiría la destrucción, el daño o el apoderamiento de un buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar. Para la segunda, bastaría el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de aquellas embarcaciones. En este caso, ya fuera el atentado contra las personas o bienes simplemente instrumentales para la ejecución del acto de destrucción o apoderamiento, ya fuera el fin único perseguido por los piratas, el delito quedaría consumado.

(STS 134/2016, de 24 de febrero)

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (año 2016)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

En el año 2016, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha celebrado diversas reuniones, de conformidad con lo previsto en el art. 264 LOPJ, en las cuales se han adoptado los siguientes acuerdos:

3 DE FEBRERO DE 2016

«La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.»

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

A los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio.»

31 DE MAYO DE 2016

«El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real.»

9 DE JUNIO DE 2016

1.º Respecto de la interpretación del artículo 847.1.º, letra B, de la LECRIM, se acuerda:

A) El art. 847 1.º letra b) de la LECrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim., debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2.º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el art. 849 1.º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2.º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 LECrim).

2.º Respecto a la posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos por delitos leves, se acuerda:

El art. 847 b) LECrim debe ser interpretado en relación con los arts. 792 4.º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.

En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves.

24 DE NOVIEMBRE DE 2016

1.º El nuevo párrafo 4.º del art. 579 bis C. P. introducido por la reforma operada por la L. O. 2/2015, de 30 de marzo, constituye una norma penal más

favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien mediante la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes, y estén ejecutándose.

2.º Como se establece expresamente en el texto de la misma, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII, referido a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluidos los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art. 572.

3.º Para la aplicación de esta atenuación podrá tomarse en consideración el dato de si la rama de la organización terrorista en la que se integra el acusado o condenado es precisamente aquella que realiza de modo efectivo la acción armada o atentado violentos, o una de las organizaciones dependientes que se integran en el entramado de la organización armada para cooperar con sus fines. En este último caso habrá de valorarse tanto la actividad que realiza el acusado o condenado dentro de la organización, grupo o sector en el que se integra, como la relevancia o entidad de las funciones o misiones que desarrolla este sector de la organización dentro del conjunto del entramado terrorista.

4.º Sin que en ningún caso pueda estimarse que el mero hecho de que el sector de la organización en que se integra el acusado no utilice armas o explosivos ni realice atentados terroristas, determine por sí solo la aplicación de la atenuación, siendo necesario evaluar caso por caso los criterios anteriormente señalados.

15 DE DICIEMBRE DE 2016

«Los trasteros y garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, donde también se integran viviendas, tendrán la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:

- a) Contigüidad, es decir, proximidad inmediata o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;
- b) Cerramiento, lo que equivale a que la dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;
- c) Comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la dependencia; es decir, que medie puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.
- d) Unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación.»



CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Penal
UAH

CIRCULAR 1/2016, SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.-2. El modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del artículo 31 bis del Código Penal. 2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica. 2.2 Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal. 2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1. 2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. 2.5 El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1.-3. Personas jurídicas imputables e imputables.-4. Las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad.-5. El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión. 5.1 Antecedentes y principios generales. 5.2 El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica. 5.3 Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión. 5.4 El oficial de cumplimiento. 5.5 El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. 5.6 Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión. 5.7 Naturaleza de la exención y carga de la prueba.-6. Cláusula de vigencia.-7. Conclusiones.

1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fruto tanto del incesante proceso de

armonización internacional del Derecho Penal como de la sentida necesidad de dar una respuesta más eficaz al avance de la criminalidad empresarial, fundamentalmente en el marco de la delincuencia económica.

Tal incorporación se hizo mediante una detallada regulación establecida primordialmente en el art. 31 bis del Código Penal, que se completaba con las disposiciones de los arts. 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de esta), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Ya desde su introducción en 2010, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector doctrinal, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales. Quizá por ello, escasamente cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acomete una importante modificación del art. 31 bis, reforma parcialmente el art. 66 bis e introduce tres nuevos artículos, 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies que, con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas, reproducen el contenido de los apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del art. 31 bis original.

El Preámbulo (III) de la LO 1/2015 asegura que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal y con ello poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.» De acuerdo con esta parca explicación, el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

El Legislador vincula también la reforma a la asunción de «ciertas recomendaciones», que no concreta, de «algunas organizaciones internacionales», que tampoco nombra. Se refiere, con toda probabilidad, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Al margen de tales recomendaciones, en el período transcurrido entre las publicaciones de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, ninguna exigencia normativa internacional avala la necesidad de la reforma, como tampoco el inicial reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea, pese a la similar invocación que contenía el Preámbulo de la LO 5/2010. Entonces y ahora eran factibles otras opciones, como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas.

Con independencia de cuál haya sido la *mens legislatoris*, la importancia de las modificaciones introducidas en el art. 31 bis y las dudas que suscitan, de manera especial la incorporación de una completa regulación de los «modelos de organización y gestión» cuya observancia permite exonerar la responsabilidad penal de la persona

jurídica, exige de la Fiscalía General del Estado interpretar el alcance de la normativa que finalmente ha quedado plasmada en el Código Penal y calibrar la vigencia de la Circular 1/2011, máxime cuando tan relevante reforma, incorporada al Anteproyecto de Ley Orgánica, de 27 de junio de 2013, no pasó a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial.

2. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica

El núcleo de la reforma se centra en la nueva redacción dada al art. 31 bis CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido. Como el anterior precepto, consta de cinco apartados. En el primero mantiene los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, ahora mejor enunciados en dos párrafos identificados con las letras a) y b) en los que se introducen algunas modificaciones concernientes a la definición de las personas físicas (letra a), la precisión de que el debido control debe «haberse incumplido gravemente» (letra b) y la sustitución del término «en provecho» por «en beneficio directo o indirecto» (letras a y b). Los siguientes cuatro apartados están dedicados a regular los modelos de organización y gestión que pueden eximir de responsabilidad a las personas jurídicas, sustituyendo el contenido de los correspondientes apartados del anterior art. 31 bis, que se traslada ahora a los nuevos arts. 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies.

Los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se detallan en el núm. 1 del art. 31 bis:

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.»

Debe comenzarse avanzando que, pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, que se irán analizando a lo largo de esta Circular, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, «En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial» mediante un sistema de *numerus clausus* que supe- dita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el

Libro II del Código Penal. Para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Antes de proseguir, vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.

El segundo modelo, más ambicioso pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina «culpabilidad por defecto de organización».

Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.

Aunque la Sala Segunda «todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos» (STS n.º 514/2015, de 2 de septiembre), a la referida conclusión ya había llegado la Circular 1/2011 al analizar el primitivo art. 31 bis, frente a un sector doctrinal que, siguiendo la interpretación que daba el propio Preámbulo de la LO 5/2010, mantenía que este precepto consagraba un modelo mixto de la responsabilidad por transferencia y de la culpabilidad autónoma de la empresa.

Conforme a esta última posición, la letra a) del apartado primero del art. 31 bis sí consagraría la responsabilidad por transferencia o vicarial, al trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por los delitos cometidos por su cuenta y en su provecho por las personas físicas con poder de dirección o autoridad para tomar decisiones y, por lo tanto, para comprometer a la persona jurídica. Por el contrario, la letra b) responsabilizaría a la persona jurídica por los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las anteriormente mencionadas personas físicas, pudieron realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Tal «debido control» remitiría, en esta exégesis, a la propia persona jurídica deficientemente organizada, acogiendo así las tesis sobre la culpabilidad de la empresa. La LO 1/2015, con la novedosa regulación de los programas de cumplimiento normativo, habría venido precisamente a reforzar esta posición.

Esta sugestiva interpretación no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente. El art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos

cometidos» por personas físicas. La propia condición 3.^a del apartado segundo del art. 31 bis recuerda que son los «autores individuales» los que «han cometido el delito» y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que «cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas». Del mismo modo, la expresión «responsabilidad penal» es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros.

Podrá objetarse que todo modelo de responsabilidad de la persona jurídica está condicionado a la propia comisión de un delito por una persona física, desde el momento en que, evidentemente, las personas jurídicas necesitan de personas físicas para actuar. Sin embargo, más allá de que no pueda prescindirse por completo del «factor humano», el modelo vicarial implica algo más frente al modelo autónomo: que ese delito de la persona física sea la referencia de la imputación de la persona jurídica. Si la letra b) del apartado primero del art. 31 bis estableciera que el subordinado ha podido cometer el delito por la falta de control de la persona jurídica, indebidamente organizada, sí podría haberse construido un sistema de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, o mixto, al agregarse al del apartado anterior que, este sin duda alguna, establece un modelo de responsabilidad vicarial. Pero en la letra b) no se dice eso.

En este sentido, la reforma de 2015 ha venido incluso a desterrar una posible interpretación en apoyo del modelo de responsabilidad autónoma de la empresa. El art. 31 bis original se refería, empleando la forma reflexiva, a «no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control», lo que permitía aventurar que el control se refería a la propia empresa y a sus programas. En cambio, la redacción del vigente art. 31 bis —«haberse incumplido por aquéllos»— remite necesariamente a las personas físicas de la letra a). En realidad la construcción no es del todo correcta gramaticalmente pues el pronombre «aquéllos» no concuerda en género con «las personas físicas mencionadas en el artículo anterior» pero sin duda se refiere a «aquellos [...] autorizados para tomar decisiones» de la letra anterior. De haber pretendido referir el control a las personas jurídicas indudablemente se habría utilizado el pronombre en femenino, como ya sugirió el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto y reiteró el grupo parlamentario de UPyD en su enmienda 519 al Proyecto.

Esta interpretación es, por otra parte, plenamente conforme con el tenor literal de las correspondientes Decisiones Marco y Directivas que sectorialmente regulan las materias para las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas y que invariablemente se refieren a que estas puedan ser consideradas responsables «cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 [aquellas con “un poder de representación de dicha persona jurídica”] haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas...» (vgr., el art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; el art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques

contra los sistemas de información o el art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación).

No obstante reconocer en el art. 31 bis 1.º un modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica, existen también en los siguientes apartados de este precepto y en los arts. 31 ter y 31 quáter importantes elementos que atribuyen una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, entre los que podemos destacar los siguientes:

– Si bien «la irrelevancia penal del hecho de referencia [conduce] a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad» (STS n.º 514/2015), la responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física. Ni siquiera es necesario que el delito llegue a consumarse pues la expresión «delitos cometidos» permite incluir, además de las diferentes formas de autoría y participación, el delito intentado.

– La no identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 ter.1).

– Las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no son trasladables a la persona jurídica. Cabe exigir plena responsabilidad a esta pese a la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, haya este fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter.2). La alusión a la culpabilidad deberá interpretarse en sentido amplio, excluyendo de la incommunicabilidad solo las causas de justificación, pues si el hecho es ajustado a derecho, no habrá responsabilidad ni para la persona física ni para la jurídica.

– La persona jurídica tiene unas circunstancias modificativas específicas y un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación (arts. 31 quáter y 66 bis), si bien respecto a la pena de multa el art. 31 ter vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física, al establecer una regla de compensación de ambas responsabilidades.

– Finalmente, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización, que merecen un estudio más detenido.

Todo estos elementos matizan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica, algo que la regulación española sigue sin contemplar, pues el modelo diseñado permanece encadenado al incumplimiento de los deberes de control de las personas físicas.

No es esta una controversia meramente especulativa o doctrinal, sino que tiene un indudable alcance práctico. Si el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento –que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización– representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles.

Ahora bien, si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación.

En este entendimiento, los programas de control constituyen una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la corporación (letra a), como indicaba la Circular 1/2011. Pero será la persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito, cuestión ésta sobre la que se volverá más adelante al analizar los programas de organización y gestión.

Debe finalmente quedar claro que no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el art. 5 del Código Penal, pues «parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal» (STS n.º 14/2015, cit.).

2.2 Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal

La reforma del art. 31 bis no altera el sistema establecido en 2010 de supeditar la responsabilidad penal de la persona jurídica a su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código. Tras la reforma, la responsabilidad de las personas jurídicas se circunscribe al siguiente catálogo de delitos del Código Penal, al que hay que añadir el delito de contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011:

DELITOS	ARTÍCULOS CP
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento Informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quáter
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5

DELITOS	ARTÍCULOS CP
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

Con respecto al catálogo previo a la reforma, se incorporan los nuevos delitos de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis) a los que se añaden los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365) y los de falsificación de moneda (art. 386), para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen del art. 31 bis sino el del art. 129. Se incorporan igualmente los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510, con la errata en el art. 510 bis de la referencia a los «dos artículos anteriores» en lugar de al «artículo anterior»).

El régimen del art. 129 CP se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

DELITOS	ARTÍCULOS CP
Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas	570 quáter

Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. La Circular 1/2011 (IV) ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los arts. 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los arts. 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas.

Particularmente llamativo es el caso de los delitos de falsificación de moneda del art. 386 CP, en el que, tras la reforma de 2015, coexiste en sus apartados. 4 y 5 el régimen del art. 129 con el del art. 31 bis.

Las razones del difícil encaje de esta doble vía sancionadora para personas jurídicas y entes colectivos no dotados de personalidad jurídica hay que buscarlas, más que en puntuales desajustes en la asignación de uno u otro régimen, en la irrelevancia de la propia distinción, hoy superada por la realidad de la vida de los negocios, tanto legales como ilegales y por otros criterios de imputación más relevantes, como el de unidad económica, seguido en materia tributaria para determinar los grupos de empresas o el de la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo. La aplicación de estos criterios evitaría, por ejemplo, que las UTEs, que no tienen personalidad jurídica, quedarán fuera del marco represivo de la persona jurídica.

En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Fuera de la delincuencia económica, otros delitos como las lesiones, la detención ilegal o hasta el homicidio no se contemplan en el catálogo previsto para las personas jurídicas, seguramente por razones de política criminal de prevención general, por más que quepa pensar en conductas de esta naturaleza en el contexto, por ejemplo, de una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad.

2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1

El art. 31 bis continúa sin facilitar una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco lo hace ningún otro precepto del Código Penal, lo que exige acudir a las previsiones de la normativa civil y mercantil, en los términos que ya analizaba la Circular 1/2011 (II.1). El precepto sí introduce en la letra a) del apartado primero una significativa modificación en la definición de las personas físicas idóneas para que la persona jurídica responda penalmente, consistente en la sustitución de los «administradores de hecho o de derecho» por «aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Cabe preguntarse por las razones de este cambio que, en una primera lectura, parece una simple mejora técnica. El Preámbulo no explica los motivos de la nueva redacción. En realidad, es discutible que el nuevo texto mejore el anterior pues, en contraposición a la nueva y compleja redacción, administrador de derecho y administrador de hecho eran términos ya consolidados en la legislación penal y mercantil y su alcance había sido reiteradamente interpretado por la Sala Segunda, particularmente en el ámbito de los delitos societarios.

La modificación, no obstante, sí tiene cierto calado, pues produce una ampliación del círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona

jurídica en el primer nivel del art. 31 bis.1, que queda así integrado por los tres siguientes grupos de personas físicas:

a) Los «representantes legales».

Se trata de un concepto ajeno a la legislación mercantil, que se refiere a la representación orgánica y a la voluntaria. En las sociedades de capital, la representación orgánica de la sociedad corresponde exclusivamente a los administradores y se extiende a todos los actos comprendidos en su objeto social (arts. 209, 233 y 234 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital –LSC–). La representación voluntaria no se regula en dicho texto, sometiéndose a las reglas generales de esta representación en nuestro ordenamiento. Por eso, aunque propiamente no cabe la delegación orgánica, nada impide el recurso a la representación voluntaria, mediante el nombramiento de apoderados singulares, con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, o generales, como gerentes o directores generales.

Aunque para determinados efectos, «los directivos o las personas con poder de representación de la sociedad» se consideran administradores (art. 157 LSC), con carácter general resulta dudoso que tales representantes voluntarios puedan ser considerados «representantes legales» mas, en todo caso, accederían al apartado siguiente como «autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica.»

b) Quienes «actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica».

Con mejor redacción, se retoma la versión del Anteproyecto de 23 de julio de 2009 que, junto a los representantes y administradores de hecho o de derecho, incluía a «los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica». Comprende, desde luego, a los administradores de derecho que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una sociedad de capital, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta de socios (art. 214.1 LSC). Debe tenerse en cuenta que administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica, pero en este caso, «será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo» (art. 212 bis LSC).

No aparecen claramente incluidos en la nueva redacción los administradores de hecho. Es cierto que se trata de un concepto interpretado por la jurisprudencia en sentido lato, pues «... no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección» (STS n.º 59/2007, de 26 de enero), de tal modo que lo será «toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra» (STS n.º 598/2012, de 5 de julio). En todo caso, el administrador de hecho nunca puede ser un mando intermedio, pues imparte las instrucciones, incluso a los administradores de la sociedad (art. 236.3 LSC), no las recibe ya que «debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión». (STS n.º 59/2007). Por lo tanto, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los «autorizados para tomar decisiones», no en el de quienes «ostentan facultades de organización y control». Y aun para conseguir tal encaje ha de interpretarse que la autorización para

tomar decisiones en nombre de la persona jurídica puede ser también tácita. Otro entendimiento llevaría a la injustificada exclusión de los administradores de hecho del círculo de sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

La vigente redacción permite incluir también en este apartado a quienes, sin ser propiamente administradores ni representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones.

c) Quienes «ostentan facultades de organización y control».

La expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos. Esta nueva redacción amplía y define mejor la posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que permite, como consecuencia más relevante, incluir en la letra a) del art. 31 bis.1 al propio oficial de cumplimiento (*compliance officer*).

2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y «en su provecho». Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo. La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.

Más problemático resultaba precisar si el provecho debía ser de naturaleza económica o podía serlo de otra índole. La diversidad de acepciones de la locución y el silencio del Legislador de 2010 permitían ambas interpretaciones, algo sobre lo que ya advirtieron el CGPJ y el Consejo de Estado en sus correspondientes dictámenes. La Circular 1/2011, apoyándose en el art. 52.4, se pronunció claramente por considerar «que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumplía las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros». No obstante, y aun cuando esta solución era mayoritariamente seguida por la doctrina, también cabía la interpretación restrictiva, lo que no resultaba conforme con los objetivos perseguidos al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Haciéndose eco de estas dudas, la OCDE, en su informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, alertaba de que la persona jurídica pudiera eludir su responsabilidad penal en los casos de obtención de un beneficio indirecto, como podía ser una ventaja competitiva.

La sustitución en la LO 1/2015 del término «provecho» por el de «beneficio directo o indirecto» despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los

consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

La nueva expresión legal «en beneficio directo o indirecto» mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida «en provecho», como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella. Piénsese que, de ordinario, la persona física actuará motivada por el deseo de obtener un beneficio personal y no tanto, o en absoluto, con el ánimo de beneficiar a la sociedad. Valga el ejemplo del portero de una discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio económico lo que, indirectamente, puede redundar en beneficio de la sociedad a la que podría generar una mayor afluencia de clientes.

Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto.

La exigencia de «beneficio directo o indirecto» establecida en el art. 31 bis CP contrasta con el régimen del art. 129 CP pues este precepto solo requiere que el delito objeto de la condena haya sido cometido «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de» la correspondiente entidad carente de personalidad jurídica, sin que se contemple en este caso que el delito se cometa por cuenta y en beneficio de una organización. Ahora bien, la naturaleza claramente punitiva de estas consecuencias accesorias —una vez desaparecida con la LO 5/2010 la referencia a su orientación preventiva—, su carácter potestativo y la necesidad de motivación, con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad, exigirá una especial prudencia en su aplicación para evitar una inadmisibile responsabilidad objetiva.

La posibilidad de admitir la comisión culposa en el delito de la persona física queda abierta desde el momento en que la acción se valora como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva. Ha de reconocerse que tal posibilidad resulta, en principio, problemática, por la difícil compatibilidad de la fórmula «en beneficio directo o indirecto» con la estructura del delito imprudente, aun descartando que con ella se defina un elemento subjetivo. Por otra parte, las previsiones de política criminal tampoco buscan, en principio, sancionar al ente colectivo por la imprudencia de sus dirigentes o de los subordinados de estos defectuosamente controlados. Sin embargo, toda vez que el art. 31 bis no describe la conducta concreta de la persona física, es en los correspondientes preceptos de la Parte Especial donde se ha de examinar la previsión de su comisión culposa.

Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366). Exclusión, por otra parte, desafortunada, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las

insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.

Respecto de las insolvencias punibles, el art. 261 bis se remite a los «delitos comprendidos en este Capítulo», que incluye la modalidad culposa (art. 259.3). Lo mismo cabe decir del art. 328 y su remisión a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente del Capítulo III del Título XVI, cuya modalidad culposa se contempla en el art. 331. También el art. 576.5 extiende la responsabilidad de la persona jurídica a la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención de las actividades de financiación del terrorismo (art. 576.4). La cuarta previsión legal es más oscura pues el art. 302.2 parece remitirse solo a los «casos» del art. 302.1, esto es, a las organizaciones dedicadas al blanqueo. Sin embargo, cabe interpretar que la remisión que el art. 302.2 hace a «tales casos» se extiende también a «los supuestos previstos en el artículo anterior», lo que abarcaría la modalidad imprudente de blanqueo, reconocida en el art. 301.3. Esta exégesis resulta conforme con las obligaciones administrativas que la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo impone a los sujetos obligados personas jurídicas (art. 2.1) y que demandan su imputación cuando una persona física cometa un delito de blanqueo imprudente en las circunstancias previstas en el art. 31 bis. Por otra parte, sería incoherente dar un tratamiento diferente al incumplimiento imprudente de los deberes de prevención del blanqueo y al de la financiación del terrorismo, sometidos al mismo régimen legal.

2.5 El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1

La LO 1/2015 sustituye la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata por tanto de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no una culpabilidad por «defecto de organización» de la persona jurídica.

Bajo la anterior regulación, esta conclusión, que viene a definir el modelo de responsabilidad indirecta o vicarial de la persona jurídica suscitaba la objeción de que los representantes legales y administradores, dada su posición jerárquica en la empresa, no están en posición de ejercer un control real y efectivo sobre los subordinados. La ampliación de los sujetos responsables en la letra a), junto a la exigencia de que la deficiencia en el control sea grave, permite corregir este reparo, por otra parte solo predicable de las grandes empresas, con un gran número de mandos intermedios.

La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.

La clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio «gravemente» permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumpli-

mientos de escasa entidad, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima. Tales incumplimientos deberían ser objeto de corrección por la correspondiente normativa administrativa y mercantil. En todo caso esta remisión a la normativa extrapenal es obligada desde el momento en que la exigencia de que la deficiencia en el control haya sido grave excede de las previsiones sectoriales que se contienen en todas las Decisiones Marco y, más recientemente, Directivas de la Unión Europea. En ellas se establece sistemáticamente la obligación de que las personas jurídicas sean sancionadas cuando exista una «falta de supervisión o control», que nunca adjetiva como grave.

Las sanciones no tienen que ser necesariamente penales, bastando con que sean «efectivas, proporcionales y disuasorias», pero, como atinadamente advierte el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, si las sanciones penales se limitan a los incumplimientos graves, los incumplimientos de menor entidad deberán ser castigados administrativamente para cubrir la totalidad del reproche que establece la normativa comunitaria.

Cabría pensar en otra alternativa al referido doble sistema sancionador, penal para incumplimientos graves y administrativo para el resto de incumplimientos. La brinda la regla 2.^a del art. 66 bis CP que establece que «cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.» Toda vez que la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015.

Por lo tanto, para las infracciones menos graves de los deberes de control solo caben las sanciones administrativas. Sucede que tales sanciones complementarias de las penales solo están parcialmente reguladas en una normativa incompleta y dispersa que habrá de buscarse en las correspondientes leyes, generalmente mercantiles, que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica. Entre ellas, las relativas a los consumidores y usuarios, los mercados financieros, los mercados de valores o la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Debe recordarse aquí que «si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que el Ministerio Fiscal comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional» (Instrucciones 10/2005 y 1/2009).

En tanto que la exigencia de un incumplimiento grave del deber de control supone una restricción del reproche penal, la sustitución del «debido control» por «los deberes de supervisión, vigilancia y control», si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos «supervisión» y «vigilancia» a enfatizar que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros y a definir también más adecuadamente los deberes de los nuevos sujetos que, como el oficial de cumplimiento, se han incorporado al apartado primero a). En todo caso, la nueva formulación es conforme con la normativa mercantil. Así, la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma operada por Ley 31/2014, impone a los administradores el deber de diligencia «de un ordenado empresario» exigiéndoles adoptar «las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225). La supervisión es precisamente una de las facultades inde-

legables por el consejo de administración en relación con el «efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado» (art. 249 bis). Facultad indelegable que, en las sociedades cotizadas, se extiende, más detalladamente, a «la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control» (art. 529 ter, 1.b). Se trata, en definitiva, de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.

La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTs n.º 257/2009, de 30 de marzo, y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS n.º 1193/2010, de 24 de febrero, advertía que «no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas «actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido,» concluyendo la citada sentencia que «el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo».

La nueva exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave determina que, junto a la persona jurídica, el omitente del control también pueda responder por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). Se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado. La extensión de la expresión «delitos cometidos» permite esta doble posibilidad de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, lo que tiene cierta trascendencia a la hora de apreciar la exención de responsabilidad penal dado el diferente régimen de exención de los dos títulos de imputación. Si bien en estos casos el autor en sentido estricto será el subordinado (letra b), en tanto que la persona incluida en la letra a) tendría la consideración de mero partícipe del delito cometido por este, lo cierto es que la conducta del encargado del control aparece como la realmente determinante de la transferencia de responsabilidad a la entidad, ya sea de manera directa en el caso de la letra a) ya indirecta, pues sin su infracción grave la conducta delictiva del subordinado deviene irrelevante. Por ello, en estos casos de concurrencia los Sres. Fiscales dirigirán la imputación a la persona jurídica por los dos títulos, sin necesidad de optar por uno u otro.

En cuanto a los delitos que provocan la responsabilidad de la persona jurídica, deben haber sido cometidos por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1, siendo suficiente que operen en el

ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de estas. No es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso» expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de control que se regulan inmediatamente a continuación, en el apartado 2 del mismo art. 31 bis. Precisamente, al modelo de responsabilidad por transferencia o vicarial se le ha venido también reprochando que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le era exigible. Aunque esto no es del todo cierto, pues el contenido real del mandato de la persona física y las posibles extralimitaciones de ese mandato pueden ser objeto de valoración entre tales «circunstancias» y la persona jurídica puede defenderse en el proceso de manera independiente de los acusados personas físicas, lo cierto es que esta objeción desaparece del todo con el trascendental valor que la reforma atribuye a los programas de control.

Naturalmente, cuando la infracción del deber de control no se haya producido o haya sido leve siempre cabe en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, de conformidad con el art. 120. 4.º CP. Dicha responsabilidad se encuentra «anclada en los principios de culpa “*in vigilando*” y culpa “*in eligendo*”, que se erigen en fundamentos jurídicos como base de tal responsabilidad, haciendo notar que esos criterios han derivado a formas más objetivas encaminadas a la protección de las víctimas, vinculando la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas personas o entidades que con la actividad del infractor obtienen un beneficio a costa de crear una situación de riesgo (teoría del riesgo) conforme al principio de ‘*qui sentit commodum, debet sentire incommodum*.’ [...]» (STS n.º 811/2014, de 3 de diciembre).

La responsabilidad civil subsidiaria queda igualmente como última vía reparadora en los casos en que la persona jurídica no sea responsable penalmente. En este sentido, la STS n.º 830/2014, de 28 de diciembre, recuerda que «ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de como hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado [...] y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta *in eligendo* o *in vigilando*, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria».

3. PERSONAS JURÍDICAS IMPUTABLES E INIMPUTABLES

Es una evidencia que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo en la delincuencia económica. Ello es especialmente predicable de las grandes

empresas cuya capacidad real de dominio constituye una de las razones político-criminales por las que se ha extendido en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el punto de llegar a considerarse que la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo.

Nace así la responsabilidad empresarial como complemento de la individual, nunca como medio de eludir las responsabilidades individuales en el seno de estructuras societarias complejas. El Derecho Comunitario es muy preciso cuando en las diferentes Decisiones Marco y Directivas que introducen la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas expresamente establece que dicha responsabilidad «se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que pudieran emprenderse contra las personas físicas...». Se eliminan así lagunas punitivas y se evita que los dirigentes de la persona jurídica caigan en la natural tentación de transferir su responsabilidad a esta. En coherencia con estos principios, el art. 31 ter deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad.

Este régimen de compatibilidad no entraña que, cumplidos los criterios legales de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica devenga inevitable. Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide –se dice en esta Circular– el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, «el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.» Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2.^a del art. 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.» El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos» (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

Otros supuestos en que procede la exclusiva imputación de la persona física eran advertidos por la Circular 1/2011. Se trata de aquellos en que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

El riesgo de incurrir en *bis in idem* es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas, tanto en los casos apuntados en la Circular 1/2011 [que se identifican con el hecho de conexión del art. 31 bis 1.º a)] como cuando la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados se sustenta en la falta de control de sus responsables [art. 31 bis 1.º b)], que viene a confundirse con la propia falta de un sistema adecuado de control corporativo. Puede afirmarse que el sistema de responsabilidad, tal y como se ha diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa, en coherencia con las apuntadas

razones de política criminal. Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas, aun con las correcciones del apartado 3 del art. 31 bis, cuestión esta que se analizará más adelante.

4. LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS EXENTAS DE RESPONSABILIDAD

El art. 31 quinquies se refiere a las personas jurídicas exceptuadas del régimen de responsabilidad penal e incorpora el contenido del apartado quinto del anterior art. 31 bis con algunas modificaciones:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

La primera modificación del art. 31 bis procede de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, y fue aprovechada en su tramitación parlamentaria para eliminar del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. Aunque la exclusión del régimen de responsabilidad penal proclamada solo dos años antes podía justificarse en atención a las funciones que la Constitución les reconoce en sus arts. 6 y 7, también es cierto que las asociaciones empresariales son objeto en este segundo precepto de idéntico tratamiento que los sindicatos, sin que por ello se les hubiera declarado entonces exentas de responsabilidad penal. El Preámbulo de la LO 7/2012 explicó sucintamente la repentina atribución de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos asegurando que «de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política».

Junto a los partidos políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la disposición adicional séptima de la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

Con idéntico régimen de responsabilidad penal que cualquier sociedad mercantil, las singularidades de partidos políticos y sindicatos determinan, no obstante, que sus modelos de organización y gestión deban acomodarse a sus especiales características (participación ciudadana y democracia interna) y riesgos. En cuanto a estos, parece claro que los programas de prevención atenderán especialmente a las conductas de financiación ilegal.

Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los partidos políticos a «adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordena-

miento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal».

En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (modificado por LO 3/2015) que regula las causas de disolución del partido político, que alcanza a supuestos no contemplados en el Código Penal [letras b) y c) del apartado 2 del art. 10 de la LO], el procedimiento para instar su declaración de ilegalidad y consecuente disolución en tales supuestos y los efectos de la disolución judicial. En cuanto a la suspensión judicial de un partido político, esta solo procederá en los supuestos previstos en el Código Penal, siendo posible acordar la suspensión como medida cautelar, tanto conforme a las disposiciones de la LECrim como conforme al art. 8 de la LO (art. 10.3).

El resto del contenido del anterior número 5 del art. 31 bis se conserva inalterado en el art. 31 quinquies.1 y por lo tanto mantiene sus imprecisiones terminológicas. Respecto del Estado, su inicial mención permitiría englobar a todas las Administraciones, como más sencillamente establece el Código Penal francés (art. 121-2), lo que haría innecesario el ulterior listado de órganos del sector público estatal. Sin embargo, el art. 31 quinquies se adentra en el frecuentemente inseguro terreno de las relaciones y lo hace con una terminología que no siempre se acomoda a las correspondientes clasificaciones administrativas, por otra parte cambiantes, que configuran el sector público, formado por tres sectores: el sector público administrativo, el sector público empresarial, y el sector público fundacional.

En el sector público administrativo se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados «organismos reguladores») y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor el 2 de octubre de 2016 y que deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La referencia legal a «aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» permite incluir todo el sector público administrativo.

En cuanto al sector público empresarial, las sociedades mercantiles estatales, mencionadas en el primitivo art. 31 bis 5.º, habían sido objeto de especial controversia. La OCDE, en el ya citado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, mostraba su preocupación porque las sociedades estatales pudieran eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras rescatadas por el Estado a través del FROB, alertando de que «en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales» y concluía su informe recomendando una reforma del Código Penal que aclarara que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito del actual art. 286 ter.

Atendiendo a esta recomendación, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 quinquies, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial. Al referirse a las sociedades mercantiles públicas y no solo a las estatales, quedan también claramente incluidas las constituidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas «ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». Si bien la ejecución y prestación de tales

políticas y servicios se atribuye de ordinario en el ámbito estatal a los organismos autónomos, los consorcios o a las entidades públicas empresariales (Ley 6/1997 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre), no resulta infrecuente que las sociedades estatales, especialmente las de capital exclusivo público, presten servicios públicos de interés económico general. Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 a) CP (STS n.º 277/2015, de 3 de junio).

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (Ley 40/2015, Ley 50/2002, de Fundaciones, y Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria). Su actividad está siempre relacionada con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 Ley 40/2015). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas, como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público [art. 4.2 g) Ley 47/2003 y 131 de la Ley 40/2015] y su control, encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado.

En definitiva, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general. Si bien la fundación pública solo desarrolla tales actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial (Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado), aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público (sentencia TJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06). Por todo lo expuesto, su exclusión del régimen del art. 31 bis no ofrece duda, aunque una vez escogida por el Legislador la técnica del listado, hubiera sido muy oportuna su incorporación al mismo.

Lo dicho es extensible a las fundaciones del sector público autonómico, respecto de las que cada Comunidad Autónoma tiene su propia regulación, y local, pues si bien la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

Tras la reforma legal subsisten las dudas respecto de los Colegios profesionales. La Circular 1/2011 entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general, «por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística». Tras la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio. Los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras

de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva es plenamente conforme con todas las Decisiones Marco y Directivas sectoriales que solo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas.

El último inciso del párrafo segundo establece una excepción al régimen de exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que se refiere a las estructuras jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. La norma exige que la sociedad se haya constituido *ad hoc* con tal objetivo, por lo que la ilegalidad sobrevinida de la sociedad no será relevante. Esta excepción, que se extendía en el anterior art. 31 bis 5.º a todas las personas jurídicas públicas, queda restringida tras la reforma a las sociedades mercantiles públicas. Esta limitación en principio no producirá lagunas punitivas pues se trata de una conducta difícil de imaginar en los organismos, entidades y organizaciones mencionadas en el núm. 1 del art. 31 quinquies, a salvo, tal vez, algunas entidades públicas empresariales, de naturaleza más próxima a las sociedades mercantiles públicas.

5. EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

El aspecto más novedoso de la reforma de 2015 es la completa regulación en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis de los programas de cumplimiento normativo o *compliance guides*, denominados modelos de organización y gestión:

«2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas

dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

5.1 Antecedentes y principios generales

En la primitiva regulación de 2010 no había más referencia a los programas de cumplimiento que la contemplada en la atenuante de la letra d) del art. 31 bis. 4: «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». La atenuante abría un interrogante sobre los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica cuando tales medidas hubieran sido establecidas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. De la ausencia de la correspondiente eximente en el Código Penal podía colegirse que la previa adopción de un plan de prevención no excluía la responsabilidad penal de la persona jurídica, posición mantenida en la Circular 1/2011. Sin embargo, y en sentido contrario, el valor atenuante otorgado a los planes implantados tras la comisión del delito parecía demandar para los que ya regían con anterioridad una mayor recompensa, abriéndose paso en un sector doctrinal la solución de apreciar la completa exención de responsabilidad penal. En definitiva, se trataba de una regulación incompleta que exigía dotar de contenido valorativo el «debido control» del párrafo segundo del art. 31 bis.1 para aclarar si este remitía a la persona jurídica o a las personas físicas que la organizan y controlan.

Como se ha dicho, la LO 1/2015 sigue atribuyendo el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») a las personas físicas de la letra a) del

art. 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla.

No obstante lo expuesto, el Legislador de 2015 ha decidido que estos códigos de buenas prácticas, que en traducción casi literal toma del Decreto Legislativo 231/2011 italiano, eximan de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones. Ello viene a matizar el modelo de responsabilidad vicarial diseñado, del que se destierra así cualquier atisbo de responsabilidad objetiva. De este modo, el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación.

Naturalmente, promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento constituye un objetivo loable y merece una valoración positiva. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios.

Lo que no resulta tan plausible es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014).

En puridad, los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de *compliance* penal a los «delitos de la misma naturaleza».

Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.

5.2 El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica

El art. 31 bis extiende el valor eximente de los modelos de organización y control a los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: delitos cometidos por sus administradores y directivos y delitos cometidos por los subordinados descontrolados por aquellos, a los que se refieren las letras a) y b) del

apartado 1, respectivamente. Lo hace con un doble régimen de exención, sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados.

La decisión del Legislador, ciertamente plasmada con poca claridad en el precepto, atiende a la superior trascendencia que cabe otorgar a los modelos de organización respecto de los delitos cometidos por los subordinados. En estos, la referencia a «las concretas circunstancias del caso» [letra b) del art. 31 bis 1] permite ya valorar la existencia y eficacia de estos programas en relación con el defectuoso control ejercido por las personas del art. 31 bis. 1 a). Sin embargo, respecto de los administradores y dirigentes la exención resulta menos justificada, porque la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, que en este supuesto es automática y no precisa de un deficiente control, no debe quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarnan. Por eso, el régimen de exención habrá de interpretarse de modo que el título de imputación de la letra a) del apartado primero no quede desnaturalizado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas vacía de contenido. Lo sugería el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto al advertir que «la designación de representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar», lo que genera «una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento».

La descripción legal aborda con un mayor grado de detalle las medidas preventivas que debe adoptar la persona jurídica cuando se trata de delitos cometidos por los administradores o dirigentes que cuando se trata de sus subordinados. El apartado 4, dedicado a estos últimos, reproduce con diferencias de redacción poco significativas la condición 1.ª del apartado 2. En efecto, ni desde un punto de vista semántico, ni lógico ni teleológico existen razones para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a ambas categorías que, en todo caso, deberán ser «idóneos» o «adecuados» y cumplir los requisitos numerados en el apartado 5, expresamente declarados aplicables a los dos títulos de imputación. Sin embargo, el apartado 4 no se refiere al resto de las condiciones establecidas en el apartado 2. Pese a este silencio, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.ª del apartado 2) es también común a ambos títulos de imputación (a él alude el cuarto requisito del apartado 5). Lo mismo sucede con la condición 4.ª, que resulta aplicable a ambos regímenes de exención pues si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.

En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3.ª del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. En el modelo establecido debe acreditarse que el sujeto encargado de la vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control.

Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados. Nótese, no obstante que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.ª del

apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.

5.3 Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión

En el apartado 2 del art. 31 bis se formulan las cuatro condiciones que las personas jurídicas deben cumplir para quedar exentas de responsabilidad, aplicables las dos primeras y la cuarta a los dos títulos de imputación y la tercera solo a los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra a), en los términos ya expuestos.

Más allá de establecer unas pautas mínimas de referencia, no es el propósito de esta Circular desarrollar el contenido de las condiciones y requisitos de los programas de prevención comprendidos en las necesariamente genéricas disposiciones del art. 31 bis.

Como criterio interpretativo, y con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, resulta útil acudir a la normativa sectorial de las entidades para las que sí está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo: las Circulares de la CNMV n.º 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y n.º 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el propio Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que en su capítulo IV y a lo largo de catorce artículos desgana los procedimientos de control interno de los sujetos obligados, los análisis de riesgo, el contenido mínimo del manual de prevención, los órganos y medidas de control, sus obligaciones en materia de formación y los estándares éticos en la contratación de empleados y directivos.

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis impone al órgano de administración que haya «adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión», de los que solo demanda que contengan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Los requisitos de tales modelos se establecen en el apartado 5 del art. 31 bis.

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los *compliance*, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.

A la necesidad de que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos, alude el primer requisito del apartado 5. La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y

comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de *compliance* puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.

El requisito segundo del apartado 5 se refiere a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones. Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible.

Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite «reducir de forma significativa» el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

Si bien esta primera condición del apartado 2 no lo menciona expresamente, un modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva debe posibilitar la detección de conductas criminales. Lo sugiere el cuarto requisito del apartado 5, cuando impone «la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención.» La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.

La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.

El sexto requisito del apartado 5 impone a la persona jurídica el deber de verificar periódicamente la eficacia del modelo. Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos

expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación).

Aun cumpliéndose todas las condiciones y requisitos examinados, la persona jurídica solamente quedará exenta de pena si los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y control, conforme dispone la tercera condición del apartado segundo, solo aplicable, como se ha dicho, a los delitos referidos en la letra a) del apartado 1.

El último párrafo del apartado 2 contempla la posibilidad de atenuar la pena cuando las anteriores condiciones, que ahora denomina «circunstancias», solamente puedan ser objeto de acreditación parcial. La previsión se presenta a modo de eximente incompleta que, con mejor sistemática, debería haberse incluido en el catálogo cerrado de atenuantes del art. 31 quater y, sobre todo, haberse redactado de forma que su preceptiva aplicación quedase más clara, defecto que corrige en parte la remisión del mejor formulado segundo párrafo del apartado 4.

La referencia a la «acreditación parcial» no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1.^a del art. 21 CP. Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

El párrafo segundo del apartado 4 declara aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 a los delitos de los subordinados en «los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial». De tales circunstancias, o condiciones, solamente la 3.^a resulta inaplicable a los delitos cometidos por los subordinados, como ya se ha expuesto.

5.4 El oficial de cumplimiento

La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos. Este es el caso de las empresas de servicios de inversión a que se refiere el art. 193. 2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y que reproduce el contenido del art. 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV n.º 6/2009 y 1/2014. También existe previsión normativa para los sujetos obligados personas jurídicas en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales (arts. 2 y 26. 1 de la Ley 10/2010) y para las sociedades cotizadas, si bien sin rango legal pues es en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que «la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o

departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración» (principio 21).

En uno y otro supuesto (con la función más limitada de prevención de delitos o con la más amplia de control interno), la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad.

El texto no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2. Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda. Puede resultar ilustrativa para definir el contenido de la función de cumplimiento normativo la norma 5.ª de las citadas Circulares n.º 6/2009 y 1/2014 de la CNMV, que establece de forma pormenorizada el contenido de tal función, la primera para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y, la segunda, para las entidades que prestan servicios de inversión, que se aplica tanto a empresas de inversión como de crédito.

El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas.

Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al modelo imponer a una multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.

No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC].

Precisamente por ello, pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena

autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad.

Es preciso realizar, por último, una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica.

Por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4.^a del art. 31 bis 2).

De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

5.5 El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones

El apartado 3 del art. 31 bis contiene un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales, con arreglo a un criterio contable, aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5.

No obstante tal obligación, las características de los modelos de organización y control de estas personas jurídicas de pequeñas dimensiones deberán acomodarse a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta.

Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.

Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, los Sres. Fiscales, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*, extremarán la prudencia en su imputación.

5.6 Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión

A tenor de lo ya expuesto, no resultará sencillo a Fiscales y Jueces comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis. De cualquier modo, la concurrencia de unas y otros permitirá evaluar la existencia e idoneidad del modelo, no tanto el exigible grado de seguimiento en la corporación.

Aunque no es fácil establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de sociedades, su concreta organización, sus modelos de negocio, la naturaleza y extensión de sus transacciones, sus productos o servicios o sus clientes, parece oportuno intentar proporcionar a los Sres. Fiscales algunos primeros criterios interpretativos para que, más allá de lo hasta ahora expuesto al examinar el contenido de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis, valoren la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión, en la pretensión de facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público en una materia tan novedosa y trascendental. Del mismo modo, las sociedades potencialmente responsables de los delitos cometidos en su seno demandan unos criterios homogéneos, claros y lo más objetivos posibles de cómo van a ser valorados tales modelos por la Fiscalía. Es por ello que, sin perjuicio de las muy diversas circunstancias atendibles en cada caso concreto, se proporcionan las siguientes pautas exegéticas de carácter general:

Primera. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica. Precisamente la OCDE, en el repetidamente mencionado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, alerta sobre estos programas, recomendando que su implementación por la persona jurídica no pueda ser usada como defensa para eludir la responsabilidad. Ha de evitarse, por lo tanto, que la mera adopción de estos modelos, que profusamente ofrece el mercado especializado, constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas.

Segunda. Como se ha expuesto, los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

Tercera. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

Cuarta. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del

Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa.

Por lo tanto, la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito.

Quinta. Aunque, como se ha expuesto supra, cabe un beneficio indirecto de la persona jurídica, la responsabilidad corporativa no debe valorarse igual en los supuestos en los que la conducta criminal redunda principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al perseguido por el delincuente. En estos casos, debe tenerse en cuenta que el valor preventivo de un programa de cumplimiento, aun adecuadamente diseñado e implementado, es escaso ante la decisión de cometer un delito y que su carga intimidatoria será más baja que la representada por la propia amenaza de una sanción penal. La mejor vía de prevención de estas conductas es la adecuada selección de directivos y empleados. Por lo tanto, en los supuestos en los que el delito fue cometido por el sujeto en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto.

Sexta. Si bien la detección de delitos no está expresamente incluida en la enunciación ni en los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. Teniendo en cuenta que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo. En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Séptima. Se ha dicho antes, que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo.

Octava. El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura

ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio. La compañía podrá acreditar que, aun fallido en el caso concreto, el modelo ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones. La firmeza en la respuesta ante vulneraciones precedentes transmite igualmente a los empleados un mensaje claro de intolerancia ante conductas no éticas. Por el contrario, y a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético.

Deberá ser igualmente objeto de valoración por los Sres. Fiscales la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes a la investigada. También habrá de tenerse en cuenta si la corporación ha sido sancionada en vía administrativa (infracciones medioambientales, contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en materia de prevención del blanqueo, de ordenación y disciplina del mercado de valores...).

Novena. Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento.

Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

5.7 Naturaleza de la exención y carga de la prueba

A modo de elemento criminal adicional, el apartado 2 del art. 31 bis introduce una cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuya naturaleza es muy discutida doctrinalmente pero que, en definitiva, depende de la solución que se adopte ante la no menos controvertida cuestión de la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

No resulta sencillo conceptualizar adecuadamente la naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica pues, en los últimos dos siglos, el Derecho Penal ha venido construyendo las referencias dogmáticas a la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad sobre la base de comportamientos individuales, no colectivos. No obstante, cabe señalar que, si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en su defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva bien la parte objetiva. No se trataría en puridad de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva.

Ahora bien, partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de

la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que posea un adecuado modelo de organización y gestión.

La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos postdelictivos o de rectificación positiva, como lo contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater.

De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º Claro está que los programas serán además, como se ha dicho, una referencia valiosa para medir las obligaciones de las personas físicas referidas en el apartado 1 a) en relación con los delitos cometidos por los subordinados gravemente descontrolados.

Puede argumentarse que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; de 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n.º 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n.º 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio).

Esta construcción no resulta automáticamente aplicable pues, ya se ha indicado, la comisión de un delito queda como un riesgo residual de cualquier programa de prevención, por eficaz que este sea. Ahora bien, como también se ha expuesto, si un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo, no sucede lo mismo con otras conductas criminales autorizadas o toleradas por el órgano de administración, que se han extendido en la empresa o han tenido larga duración.

En todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización, especialmente los relacionados con algunos requisitos de muy difícil apreciación para el Fiscal o el Juez como la disposición de los protocolos o procedimientos de formación de la voluntad o de adopción y ejecución de decisiones de la persona jurídica (segundo requisito del apartado 4) o de los «modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos» (tercer requisito).

6. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de la Circular 1/2011, que será de aplicación en todo aquello que no ha sido modificado por la LO 1/2015.

7. CONCLUSIONES

1.^a La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1.º Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas.

No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones.

2.^a La nueva definición de las personas físicas del apartado 1 a) amplía notablemente el círculo de sujetos de este criterio de imputación, que permite incluir a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento.

3.^a La sustitución de la expresión «en su provecho» por la de «en su beneficio directo o indirecto», conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Además, permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir, ya claramente, los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficios.

4.^a Las únicas cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del art. 31 bis susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica son las relacionadas con las insolvencias punibles (art. 259.3), los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), el blanqueo de capitales (art. 302.2) y la financiación del terrorismo (art. 576.5).

5.^a La LO 1/2015 sustituye la condición del apartado 1 b) de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Esta clara disminución de la intervención punitiva permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (no graves) frente a los que solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica.

6.^a Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a).

7.^a La exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave puede determinar, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, que el propio sujeto omite del control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que abre la vía del criterio de atribución de responsabilidad de la letra a) del apartado 1, debiendo los Sres. Fiscales mantener, en tales casos, ambos títulos de imputación.

8.^a Los sujetos a que se refiere el apartado 1 b) deben operar en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de las personas físicas mencionadas en la letra a) del mismo apartado, no siendo necesario que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

9.^a El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso» expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de organización y gestión, que serán objeto de una inicial valoración en relación con este criterio de imputación para evaluar el alcance y el contenido real del mandato del que son titulares las personas que incumplieron gravemente tales deberes.

10.^a Aunque la infracción del deber de supervisión, vigilancia y control no se haya producido o haya sido leve o la persona jurídica no haya obtenido beneficio alguno, es posible en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria, de conformidad con el art. 120. 4.º CP.

11.^a La imputabilidad de la persona jurídica exige que esta tenga un sustrato material suficiente, lo que permite distinguir tres categorías:

11.^a1. Aquellas corporaciones que operan con normalidad en el mercado y a las que exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

11.^a2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, a las que se refiere la regla 2.^a del art. 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» y que son también imputables.

11.^a3. Son inimputables aquellas sociedades cuya actividad ilegal supere ampliamente a la legal, siendo esta meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos.

12.^a La responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, introducida en la LO 7/2012, presenta las siguientes peculiaridades:

12.^a1. Su responsabilidad se extenderá a las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados.

12.^a2. A diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente lo impone a los partidos políticos. 12.^a3. En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley Orgánica 6/2002, (modificado por LO 3/2015).

13.^a Aunque no son expresamente mencionadas en el art. 31 quinquies 1, deben considerarse exentas de responsabilidad penal las fundaciones públicas, integradas en el llamado sector público fundacional y sometidas al Derecho administrativo.

14.^a El ejercicio de «potestades públicas de soberanía o administrativas» se aplica solo a las administraciones públicas y no a los entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales o las Cámaras de comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables.

15.^a Tras la reforma de la LO 1/2015 el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación.

16.^a Existe un doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica, uno para los delitos cometidos por los administradores o directivos y otro para los cometidos por sus subordinados, ambos sustancialmente idénticos pues, de las cuatro condiciones que el apartado 2 del art. 31 bis exige en relación con las conductas de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), solo la 3.^a, referida a la elusión fraudulenta de los modelos de organización, resulta inaplicable a los autores del delito del apartado 1 b).

17.^a Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art. 31 bis, cuyo contenido será interpretado por los Sres. Fiscales siguiendo las pautas que se indican en los apartados 5.3. y 5.4 de esta Circular, atendiendo, con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.

18.^a Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal. Los Sres. Fiscales, atendiendo a las especiales características de estas sociedades, extremarán la prudencia en su imputación, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*.

19.^a Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, los Sres. Fiscales observarán las siguientes pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión:

19.^a1. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.

19.^a2. El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los directivos y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Los Sres. Fiscales analizarán si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuade de conductas criminales.

19.^a3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos

legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

19.^a4. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos, casos, los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz.

19.^a5. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquirió se adecuara a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.

19.^a6. Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

19.^a7. Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.

19.^a8. Los Sres. Fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.

19.^a9. Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Así, la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

20.^a La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplan las condiciones y requisitos legales.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la responsabilidad de la persona jurídica, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 2/2016, SOBRE EL INGRESO DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Fundamento de la privación de libertad.–3. El supuesto de hecho. 3.1 Perfil del menor. 3.1.1 Interpretación de la palabra «diagnóstico». 3.1.2 Criterios de medición de la magnitud del problema de conducta: el riesgo propio o de terceros. 3.1.3 La necesidad de protección. 3.1.4 El principio de subsidiariedad. 3.1.4.1 Especialización. 3.1.4.2 Contención. 3.1.4.3 Delimitación del «riesgo para terceros». 3.1.5. La franja de edad. 3.2 El centro específico. 3.2.1 Caracteres generales. 3.2.2 La cuestión de los centros privados.–4. El nuevo procedimiento contradictorio. 4.1 Legitimación. 4.2 Competencia. 4.3 Capacidad procesal, representación y defensa. 4.4 Información de derechos. 4.5 Tramitación.–5. El cumplimiento de los plazos en la ratificación de los internamientos urgentes. 5.1 Límite máximo e improrrogable. 5.2 El procedimiento de habeas corpus.–6. Régimen de recursos.–7. Intervención judicial durante el período de internamiento: revisiones, incidencias y traslados.–8. Cese de la medida.–9. Facultades del Ministerio Fiscal.–10. Derecho transitorio.–11. Inspección de centros.–12. Vigencia de circulares, instrucciones y consultas precedentes.–13. Estadística.–14. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LO 8/2015), ha introducido un capítulo (el IV, arts. 25 a 35) en el Título II de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM) bajo la rúbrica «centros de protección específicos de menores con problemas de conducta».

Igualmente introduce en la LEC un nuevo artículo 778 bis. El Preámbulo (apartado III) expresa que «incorpora un procedimiento ágil, sencillo y detallado para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, a fin de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar».

Los interrogantes que generaron estos centros fueron objeto de estudio del Defensor del Pueblo en el informe titulado «centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social» (2009) y dieron lugar también a unas pautas de consenso en la Comisión interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia («Protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta» de 20 de mayo de 2010).

La Fiscalía General del Estado, pionera en la exigencia de garantías en esta delicada esta materia, estableció, desde bien temprano, directrices para su adecuado abordaje. Así, puede citarse la atención que le dedica el Protocolo de la Unidad de Menores de la FGE de inspecciones a centros de protección de 5 de febrero de 2009 (apartado 21) y la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores (apartados IX y XV.8), exigiendo autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271.1 CC y manteniendo una supervisión constante tanto de las condiciones de los centros y procedimientos aplicados como de la situación de cada uno de los menores residentes.

Teniendo en cuenta que existía un déficit normativo en relación con este tipo de centros, que están en juego los derechos fundamentales de los menores ingresados, que deben establecerse garantías para los mismos y que es necesario clarificar los límites de la intervención, se hacía preciso un desarrollo mediante Ley Orgánica, que, reclamado desde la Fiscalía General del Estado, se materializa en la nueva normativa. En su Preámbulo, claramente inspirado por el Informe del Consejo Fiscal de 11 de julio de 2014, se declara: «Estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socioeducativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades, además desde los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general».

2. FUNDAMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El artículo 10.2 CE establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El artículo 39.4 CE expresa que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos». Dentro de este conjunto normativo, destaca el artículo 5.1.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) por su inmediata conexión con el objeto de análisis: el derecho a la libertad del artículo 17 CE. Es necesario recordar que el art. 5.1 CEDH contiene una lista exhaustiva de razones admisibles que legitiman la privación de libertad. Si el fundamento no está comprendido en este conjunto, la detención nunca podrá considerarse legal (por todas, STEDH de 14 de abril de 2011, caso Jendrowiak contra Alemania).

El citado art. 5.1 CEDH dispone: «Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha expresado que el primer inciso de dicho artículo «prevé la privación de libertad en interés del menor indepen-

dientemente de la cuestión de saber si el menor es sospechoso de haber cometido una infracción penal o es simplemente un menor en situación de riesgo» (STEDH de 29 de noviembre de 2011, caso A y otros contra Bulgaria). Lo relevante es que la privación de libertad sea regular (*détention régulière d'un mineur*; en la versión francesa del CEDH), es decir, conforme a la legalidad, y haya sido decidida con el propósito de «vigilar su educación».

En lo que concierne a centros de protección específicos, el TEDH tuvo ocasión de examinar su naturaleza y su compatibilidad con el CEDH en la Decisión de 12 de octubre de 2000 sobre la admisibilidad de la demanda n.º 33670/96, caso Koniarska contra el Reino Unido. La demandante, ciudadana británica, fue ingresada en un centro de protección específico (*secure accomodation*) por decisión del tribunal de familia a solicitud de la autoridad local bajo cuya tutela se encontraba la menor. Las indicaciones de ingreso se configuran en el art. 25.1 de la Children Act de 1989 que especifica los dos casos en que puede utilizarse este recurso que suceden cuando el menor: a) tiene un historial de fugas y es probable que se escape de cualquier otro tipo de alojamiento y, si lo hace, es probable que sufra daños de consideración; b) si es guardado/a en otro tipo de alojamiento, es probable que se dañe a sí mismo o a terceras personas. Los magistrados de instancia consideraron que concurría el segundo supuesto.

El TEDH consideró que se trataba de una privación de libertad prevista en el art. 5.1 CEDH y desestimó las peticiones de infracción del art. 3 (referente a la tortura y trato degradante) y del artículo 8 (intromisión en la vida privada y familiar). Las palabras «vigilar su educación» del art. 5.1.d) no deben ser rígidamente equiparadas a la enseñanza obligatoria, período en el que la demandante ya no estaba incluida al haber cumplido 17 años. Como señala la resolución, «en el presente contexto de una joven bajo el cuidado de una entidad pública puede abarcar muchos aspectos del ejercicio de los deberes propios de la responsabilidad parental para el beneficio y protección de la persona afectada».

El CEDH reenvía, en lo esencial, a la legislación del correspondiente Estado y consagra la obligación de respetar las normas de fondo y de procedimiento, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5 CEDH: «proteger al individuo contra la arbitrariedad». El TEDH ha expresado que la ley nacional debe ser «suficientemente comprensible y precisa a fin de evitar todo peligro de arbitrariedad» (SSTEDH de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica y el ya citado caso A y otros contra Bulgaria). Como la totalidad de supuestos contemplados en el número 1 del art. 5, se beneficia de las garantías previstas en los restantes párrafos del precepto, lo que permite aplicar, *mutatis mutandis*, los distintos pronunciamientos del TEDH en materia de privaciones de libertad, particularmente de las que no tienen naturaleza penal. Es necesario aclarar, sin embargo, que el art. 5 CEDH, en ocasiones, no distingue con claridad los supuestos de privación de libertad de carácter penal de los extrapenales, dando lugar a cuestiones de interpretación, situación que también comparte el art. 17 CE.

Por último, «debe existir un enlace entre, de una parte, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, de otro, el lugar y el régimen de la detención».

El TEDH ha expresado, en distintos pronunciamientos, que el art. 5.1.d) exige que el Estado «se dote de una infraestructura apropiada, adaptada a los imperativos de seguridad y también a los objetivos pedagógicos» con los recursos suficientes que requiere el propósito de supervisar la educación del menor (SSTEDH de 29 de febrero de 1988, caso Bouamar contra Bélgica; de 16 de mayo de 2002, caso D. G. contra Irlanda).

El TEDH ha afirmado que el art. 5.1 CEDH contiene una lista exhaustiva de motivos de privación de libertad admisibles, pero que «la aplicabilidad de un fundamento no necesariamente impide la de otro; una privación de libertad puede, dependiendo de las circunstancias, estar justificada en uno o más de los apartados» del precepto (SSTEDH de 4 de abril de 2000, caso Witold Litwa contra Polonia; de 13 de enero de 2011, caso Haidn contra Alemania).

3. EL SUPUESTO DE HECHO

Deben distinguirse los requerimientos relativos al perfil del menor de los concernientes a las características de los centros de internamiento.

3.1 Perfil del menor

Se define por cuatro elementos:

a) Debe tratarse de menores que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública (art. 25.1, párrafo segundo LOPJM). Por lo tanto, es precisa la constancia de la resolución administrativa que así lo acuerde.

b) Los menores han de estar «diagnosticados con problemas de conducta» (art. 25.1, párrafo segundo LOPJM).

c) Los menores, además del diagnóstico, deben presentar «conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros». Dichas manifestaciones deben ser, pues, actuales. Es importante precisar que «no podrán ser ingresados (...) los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad» (art. 26.2 LOPJM).

d) Finalmente, es a la hora de analizar los requisitos de la decisión de ingreso donde se detallan, con mayor precisión, las exigencias subjetivas a cumplir.

Estos son la motivación («justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada», art. 25.1 LOPJM), necesidad («exclusivamente cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección» –art. 25.2 LOPJM–, es decir, «cuando no resulte posible atender, de forma adecuada, al menor en unas condiciones menos restrictivas», art. 778 bis, apartado 4 LEC) y proporcionalidad (por el tiempo «estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas», arts. 26.5 LOPJM y 778 bis, apartado 7 LEC).

3.1.1 INTERPRETACIÓN DE LA PALABRA «DIAGNÓSTICO»

La interpretación de la voz «diagnóstico» ofrece dificultades. Aunque incluye acepciones estrictamente sanitarias («determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas» o «calificación que da el médico a la enfermedad según los signos que advierte»), también el acto de «diagnosticar» admite otros significados más genéricos como el de «recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza».

En el terreno de la salud mental, el uso correcto de este vocablo ha originado debates jurídicos, científicos y profesionales (en este sentido, SSTS, Sala 3.^a, de 7 de octubre de 2002, n.º de recurso 48/1999; de 7 de octubre de 2002, n.º de recurso 43/1999; de 10 de octubre de 2002, n.º de recurso 49/1999 y de 10 de octubre de 2002, n.º de recurso 154/1999). Como se verá, el significado que atribuye el art. 778 bis LEC no se ciñe al propiamente médico ni al estrictamente vinculado a las Ciencias de la Salud. Es mucho más extenso, comprendiendo tanto los anteriores como otros actos de análisis y evaluación vinculados al propósito educativo que guía el ingreso.

Desde un punto de vista general, la expresión «diagnosticados con problemas de conducta» presenta la confusión entre la presunta patología y el síntoma lo que hace que las fronteras entre los elementos «b» y «c» queden parcialmente desdibujadas. La frase es genérica y no se ciñe a ninguna clasificación nosológica. En cualquier caso, la cuestión radica en que el enfoque de lo que puede definirse como «problemas de conducta» no debe realizarse exclusivamente desde una perspectiva de «enfermedad».

Tanto el Informe del Defensor del Pueblo ya citado, como el Dictamen 4/2014, de 28 de mayo, del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de LO complementaria de la Ley de Protección a la infancia, consideran que la noción de «trastornos de conducta» queda todavía lejos de estar consensuada en la comunidad científica.

Centrado el problema en qué conductas entran dentro de la definición, ha de señalarse que la descripción que realiza el apartado «c» se acomoda al precedente «protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta» (2010) que expresa ajustarse a los principios básicos estipulados en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM) y en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud.

El protocolo también orienta sobre el significado de la palabra «diagnóstico» del apartado «b». En su apartado 5 (titulado «diagnóstico sobre el menor») diferencia dos momentos. El primero es el concerniente a valorar qué intervención (sanitaria, área de discapacidad o sistema de protección a la infancia o adolescencia) es la adecuada en atención a la información disponible. El segundo es el de adopción de la decisión de ingreso en los centros a los que se refiere la presente Circular que «deberá fundamentarse en un diagnóstico psicológico y social que lo justifique».

Puede verse, pues, que el término se está utilizando en un sentido más amplio que el estrictamente sanitario. Debe destacarse, además, que la norma también ha optado por la expresión «problemas de conducta», evidentemente más difusa que la de «trastornos» que utilizan el protocolo de 2010 precitado, el art. 763 LEC («trastorno psíquico») y el art. 26.2 LOPJM («trastornos mentales»). La normativa vigente (art. 26.1 LOPJM, in fine) confirma esta conclusión al señalar que «la solicitud de ingreso estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores» y también al expresar que la propuesta de cese «estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo» (art. 778 bis, apartado 7 LEC). Se trata de un contexto en el que los aspectos de protección y educativos son, pues, los determinantes.

Como ya se ha expresado en epígrafes anteriores, las diferencias respecto al art. 763 LEC, con el que el 778 bis guarda evidentes analogías, radican fundamentalmente en el tipo de centro (específico para menores con problemas de conducta) y en su propia finalidad educativa (en el marco de la protección de menores). En primer lugar, es necesario descartar que proceda un ingreso en un centro de internamiento en

salud mental adecuado a la edad (art. 763.2 LEC). Sin embargo, como se ha visto al examinar la doctrina del TEDH, pueden concurrir razones sanitarias y sociales en el ingreso. Si ello se produce, deben tener carácter meramente accesorio puesto que si la situación exige el internamiento en centro de salud mental o de personas con discapacidad no procedería el ingreso en el centro específico para trastornos de conducta. La regulación, de hecho, recoge preceptos que hacen referencia a contingencias sanitarias (art. 33 LOPJM, respeto de las disposiciones sobre consentimiento informado e intervención de médico autorizado en la administración de medicamentos y seguimiento de tratamientos) o derivadas de discapacidad (art. 25.5 LOPJM, mantenimiento o adopción de apoyos especializados e incorporación, en su caso, de medidas de accesibilidad).

En definitiva, a la hora de definir el concreto significado de la palabra diagnóstico empleada en la norma, los Sres. Fiscales la interpretarán como acto de recogida y análisis de los datos para la evaluación de los problemas de conducta, constituyendo la metodología aplicable, exclusivamente, la especializada de protección de menores, que reviste carácter multidisciplinar.

3.1.2 CRITERIOS DE MEDICIÓN DE LA MAGNITUD DEL PROBLEMA DE CONDUCTA: EL RIESGO PROPIO O DE TERCEROS

El protocolo citado permite apreciar otra característica: la magnitud o dimensión. No basta con la presencia de desajustes conductuales, es preciso que se manifiesten «en un grado que supongan un riesgo evidente de daños o perjuicios graves, tanto a sí mismos, como a terceros». El protocolo también hace referencia al límite que refiere el art. 26.2 LOPJM (excluye «las patologías psíquicas más graves que requieren un abordaje específico»). Lo anterior no significa que los menores no puedan presentar trastornos mentales asociados o dependencia al alcohol o a otras sustancias tóxicas siempre y cuando estas no exijan la atención en centros propiamente sanitarios o sociosanitarios.

Esta idea de «causar perjuicios a sí mismos o a otros» se contempla también en la definición de menores «en conflicto social» que recoge la legislación de protección de menores de algunas Comunidades Autónomas (así, por ejemplo, el art. 40 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la CCAA de Andalucía; art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón o art. 83 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia en Navarra).

Con mayor amplitud, otras Comunidades Autónomas hacen referencia a los menores con «conducta inadaptada». Así, por ejemplo, el art. 46 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, entiende por tal: «Aquel que, por la insuficiencia de sus aptitudes o por los desajustes de su comportamiento y sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, se encuentra en dificultad o en prolongado conflicto con las circunstancias propias de su edad o de su ambiente familiar o social. La conducta inadaptada está integrada por acciones que infrinjan las normas de convivencia y comportamiento generalmente aceptadas y que perturben gravemente la convivencia en su entorno familiar y social, o que entrañan un grave riesgo para sí mismo o para terceros». El art. 57 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana incorpora una definición parecida.

El Preámbulo de la LO 8/2015, en este sentido, recoge esta pluralidad al referirse a «la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los

servicios de protección a la infancia y a las familias». En concreto se refiere a «menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filiofamiliar y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental».

3.1.3 LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN

A pesar de los parámetros mencionados con anterioridad, la definición del tipo de conductas que, de hecho, pueden integrar la situación que contempla la norma sigue siendo extraordinariamente amplia. Es propiamente el elemento «d» el que permite una mayor concreción. Dos son los nuevos parámetros añadidos que deben presentarse conjuntamente: las necesidades de protección y el criterio de subsidiariedad («como último recurso»).

Las necesidades de protección guardan relación íntima con la finalidad del ingreso: «Proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo» (art. 25.2 LOPJM). «El carácter educativo de todas las medidas que se adopten» (art. 11.2 LOPJM) constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. Sin finalidad educativa («tendrán siempre», señala el art. 25.2 LOPJM in fine), si el menor no precisa estas medidas o si estas ya no son necesarias, el internamiento no estaría justificado.

3.1.4 EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La idea de subsidiariedad («como último recurso») implica que no existen medidas o condiciones menos restrictivas que puedan surtir el mismo efecto. Hay que partir siempre del hecho de que la privación de libertad «es una medida tan grave que sólo está justificada cuando otras, menos severas, hayan sido consideradas y se estimen insuficientes (...) teniendo que demostrarse haber sido necesaria en atención a las circunstancias» (SSTEDH Witold Litwa contra Polonia, ya citada, y de 5 de octubre de 2000, caso Varbanov contra Bulgaria).

Determinar las características de los menores susceptibles de ingreso es cuestión de hecho difícil de concretar en una clasificación exhaustiva. La práctica demuestra el carácter proteico de las situaciones que pueden presentarse. No obstante, sí que es posible fijar unos criterios que, concurriendo de forma singular o conjunta, permiten una inicial delimitación y que mezclan las carencias de los centros de acogida ordinarios para la atención de estos perfiles con la intensidad de los factores de riesgo.

3.1.4.1 *Especialización*

El primer criterio resulta, pura y simplemente, de la especialización del recurso en este tipo de conductas, del contexto estructurado que permite y de los programas específicos que contempla. Siempre recordando que la valoración del caso concreto depende de los factores de riesgo y la magnitud del trastorno, hay ejemplos que revisiten cierta frecuencia como, por ejemplo, los de menores que presentan episodios autolesivos recurrentes.

3.1.4.2 Contención

Un segundo criterio deriva de las necesidades concretas de contención que puede presentar el menor. Los centros de protección, en el marco europeo, se inspiran en la noción de servicio público caracterizado por dos notas esenciales: el carácter abierto (voluntario) y flexible (adaptado a las características del menor y fundado en el principio de protección de su interés). El carácter abierto se funda en la idea de que la actuación de los servicios de ayuda social es preventiva y voluntaria, no debe ser impuesta y, en el caso de ser necesaria la aplicación de medidas coercitivas, debe transmitirse el expediente inicialmente a los servicios judiciales. Es necesario matizar que el cuidado y educación de un menor implica, normal y necesariamente, decisiones en materia de residencia y la imposición –o autorización a terceros para imponer– de diferentes restricciones sobre su libertad, situaciones que, ordinariamente, no están comprendidas en el art. 5 CEDH (STEDH de 28 de noviembre de 1998, caso Nielsen contra Dinamarca), es decir, el *status libertatis* se encuentra contextualizado, en virtud de la minoría de edad «por las exigencias derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, entre las cuales se encuentra el permanecer en compañía del titular de dicha potestad» (STC n.º 94/2003, de 19 de mayo).

El perfil del adolescente «fugitivo» es muy variopinto, al igual que los motivos de la fuga. En lo que ahora importa, el sistema de atención consiste, por un lado, en un modelo policial de búsqueda (con mayor o menor intensidad en atención a las circunstancias del caso; véanse, en este sentido, las Instrucciones 1/2009 y 14/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad) y con un sistema de atención de asesoramiento y apoyo a las familias afectadas (servicio de línea directa para casos de niños desaparecidos del número 116000). Desde la perspectiva del sistema de protección no conviene minusvalorar la fuga como factor de riesgo en cuanto que supone una ruptura del adolescente con su medio familiar o institucional. Como trastorno de conducta, puede tener relevancia en cuanto síntoma de un problema más profundo. Hay circunstancias que es preciso comprobar, por ejemplo, la reiteración, la duración (la experiencia de sobrevivir en la calle es siempre traumática y puede comprender determinados riesgos para la integridad del menor como la propiamente física, la contingencia de posibles abusos sexuales, el seguimiento inadecuado de enfermedades crónicas...), la existencia de dinámicas familiares conflictivas (maltratos, disciplinas muy rígidas, etc), de psicopatologías no detectadas, de fugas inducidas por terceros que comprenden actos de abuso, etc.

El retorno del menor fugitivo debe conllevar la adopción de diferentes medidas protectoras que, en ningún caso, contemplan la de ingreso en centro específico como única o principal. Hay que estar a las circunstancias del caso concreto, conforme a los parámetros generales de necesidad y proporcionalidad, pero es obvio que la contención puede ser precisa para evitar graves riesgos a los menores en algunos casos.

3.1.4.3 Delimitación del «riesgo para terceros»

Hasta el momento, se han analizado circunstancias que suponen riesgos concretos para el menor. Sin embargo, también el supuesto de hecho contempla el riesgo para terceros. Aquí se corre el peligro de incurrir en «fraudes de etiquetas» con el sistema de responsabilidad penal de los menores y dar entrada a los «instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos» a los que se refiere (y proscrib) el Preámbulo de la LO 8/2015. La contingencia de participar en infracciones penales puede ser un factor de riesgo añadido en una situación general de conducta problemática, pero nunca puede, por sí sola, justificar el ingreso en el centro específico.

Destacan dos casos. El primero es el de las conductas contrarias a la convivencia cuando impiden el funcionamiento de los centros ordinarios. Hay que partir nuevamente de la idea de dimensiones que se centra en el grado de alteración de la convivencia o el perjuicio de los derechos de otros usuarios y la imposibilidad de alternativas (medidas educativas, traslado de centro, etc.). Es indiscutible el deber de la Entidad Pública de garantizar el derecho de los restantes usuarios a verse libres de toda forma de abuso durante su estancia en un centro de acogida (arts. 19 de la Convención de Derechos del Niño y CM/Rec[2005]5, de 16 de marzo, sobre los derechos de los menores que viven en instituciones residenciales). El art. 21.6 LOPJM, en este sentido, establece: «La administración pública competente podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.»

El apartado 7 del citado art. 21 expresa que «de aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal». A la hora de valorar la necesidad de la medida excepcional de acogimiento en centro específico, los Sres. Fiscales atenderán a los criterios mencionados en el último inciso del art. 21.6 y al historial de medidas obrante en el expediente de protección, en el que se dejará constancia de las comunicaciones remitidas por la Entidad Pública.

El segundo es el derivado de los menores que se encuentran por debajo de la franja de edad prevista en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM). El art. 3 de la norma precitada expresa que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes». La Exposición de Motivos dispone que este límite mínimo se funda «en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada a los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado».

Añade el segundo inciso del precitado art. 3 LORPM que «el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél (...)». Esta remisión de testimonio no constituye un trámite inexcusable. Debe obviarse cuando por la escasa entidad de los hechos, por la suficiencia de la corrección en el ámbito familiar o educativo y por las circunstancias de todo orden del menor, no se detecte la necesidad de articular los recursos previstos en el orden civil para su protección.

La intervención de la Entidad Pública se funda en la finalidad protectora. Los parámetros por los que debe regirse el principio de subsidiariedad remiten, de nuevo, a la idea de dimensiones (entidad de los hechos, reiteración, factores de riesgo concomitantes y subyacentes) y la existencia de una pluralidad de medidas alternativas aplicables con carácter preferente. La decisión de ingreso en el centro específico debe

estar presidida por su carácter de excepcionalidad (principios de necesidad y proporcionalidad). Esta decisión nunca puede concebirse como reacción sancionadora frente a la comisión de delitos.

3.1.5 LA FRANJA DE EDAD

Ni la LOPJM ni el art. 778 bis LEC determinan las franjas de edades para las que son aplicables estas medidas. Por tanto, el límite máximo es de 18 años (momento en que se alcanza la mayoría), no estableciéndose límite mínimo. En todo caso, no parece aceptable la estancia en estos centros de los más pequeños por lo que los Sres. Fiscales vigilarán, especialmente, los casos de ingresos de menores de edad inferior a 12 años cumplidos.

Algunas CCAA han establecido, en la regulación de sus centros específicos, límites en el tramo inferior. Por ejemplo, exigen haber cumplido doce años la CCAA de Castilla-León (art. 6.i del Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección) y la CCAA del Principado de Asturias (art. 9 del Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores). La CCAA del País Vasco requiere, sin embargo, la edad de 13 años (arts. 4.2.2 y 7.2 del Decreto 131/2008, de 8 de julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social).

3.2 El centro específico

3.2.1 CARACTERES GENERALES

Las definiciones de menores en situación de conflicto social o que presentan conductas inadaptadas que recogen las legislaciones de las Comunidades Autónomas, en ocasiones, incluyen dentro de su marco a los menores infractores (por ejemplo, el art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón o el art. 57 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja). Obviamente, los centros de menores con problemas de conducta pertenecen al ámbito de protección y, por tanto, no pueden ser considerados establecimientos para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores que tienen un carácter específico (art. 54.1 LORPM y Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, apartado VII.5).

Como ya se ha especificado al hablar de las exigencias del CEDH, estos centros deben revestir unos requisitos de adecuación de la infraestructura en materia de seguridad y recursos suficientes a fin de cumplir los objetivos pedagógicos asignados. Como todos los centros de protección, deben cumplir las normas correspondientes, «especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada» (art. 3.3 CDN). La LOPJM (art. 25.1, segundo párrafo) expresa, en este sentido, que los centros específicos estarán «sometidos a estándares internacionales y a control de calidad» y que «dispondrán de una ratio adecuada entre el número de menores y el personal destinado a su atención para garantizar un tratamiento individualizado a cada menor» (art. 25.4). Deben estar disponibles los programas específicos que justi-

fican su finalidad (art. 25.2), con una cierta flexibilidad que permita su adaptación a las necesidades concretas de los usuarios. En lo que al Fiscal concierne, estos extremos suelen ser materia de las visitas de inspección a las que, posteriormente, se hará referencia.

Téngase en cuenta, por último, que se trata de una modalidad de acogimiento residencial. La regulación del régimen de funcionamiento es, por ello, competencia de la Entidad Pública que deberá prestar especial atención «a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos» (art. 21.2 LOPJM, párrafo segundo). La norma es respetuosa con la distribución de competencias en materia de protección de menores de las CCAA, garantizando una protección uniforme en todo el territorio del Estado. La disposición adicional segunda de la LO 8/2015 expresa, en este sentido, que «el Gobierno fomentará con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de esta ley en todo el territorio, y, en todo caso, en lo relativo a los centros de protección de menores con problemas de conducta».

3.2.2 LA CUESTIÓN DE LOS CENTROS PRIVADOS

El art. 25.1 LOPJM expresa que el capítulo se refiere a los «centros de protección específicos de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades Públicas o de entidades privadas colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales».

Respecto a los centros gestionados por entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas, la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, dispone la aplicación a los mismos del título II, capítulo IV LOPJM y que «deberán contar con la autorización administrativa para su funcionamiento emitida por la Entidad Pública competente en materia de protección a las personas menores de edad, y sujetos a su régimen de inspección y, en su caso, sanción administrativa».

La intervención privada, pues, se encuentra limitada a la ya expresada en el artículo 25.1 LOPJM y disposición adicional cuarta Ley 26/2015. Lo anterior no significa que se excluya totalmente. En primer lugar, la intervención con menores que presentan problemas de conducta en medio abierto (sin vinculación alguna a centros de internamiento) exige recursos de atención especializada profesional que no tienen necesariamente que revestir naturaleza pública.

Por otro lado, los problemas de conducta tienen también perspectivas vinculadas a los recursos sanitarios o sociosanitarios (como la LOPJM expresamente recoge en el art. 26.2) y al sistema educativo (art. 73 LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). El internamiento, en el primer caso, tendría que ajustarse a las exigencias del artículo 763 LEC.

En lo que concierne al sistema educativo, la existencia de establecimientos de enseñanza en régimen de internado es un hecho. La libertad de creación de centros docentes de este tipo entraría dentro de las previsiones del artículo 27.6 CE que regula el derecho a la educación. La posibilidad de ciertas restricciones de la libertad del menor es admisible, como ya se analizó al hacer mención al caso Nielsen contra Dinamarca. Ahora bien, junto con las exigencias generales de autorización del organismo competente en materia de educación, existen evidentes límites, tanto de carácter general (art. 19 CDN) como, en lo que concierne propiamente a la intensidad de

las citadas restricciones, es decir, la disciplina de un centro educativo no puede infringir los derechos consagrados en normas internacionales (véase, en este sentido, la Observación General n.º 13[1999] del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, apartado 41, sobre el artículo 13 del Pacto referido al derecho a la educación).

4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

4.1 Legitimación

La legitimación activa para solicitar la autorización, tanto para los internamientos ordinarios como para los urgentes (arts. 778 bis, apartado 3, y 26.3 LOPJM), se otorga a la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor y al Ministerio Fiscal, previsión que repite el art. 26.1 LOPJM.

Nada dice, en los casos en que el menor se encuentre bajo guarda voluntaria, de la intervención de los progenitores o tutores que siguen manteniendo responsabilidades parentales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 172 bis CC (redacción conforme Ley 26/2015). El art. 25.3 LOPJM, lo único que establece es que será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.

El art. 763 bis del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 contenía una previsión para los padres y tutores que ostentaran la patria potestad o tutela para solicitar el ingreso en los centros privados para menores con medidas de contención y restricción de derechos y libertades fundamentales que no se encontraran bajo medida de protección de la Entidad Pública.

Con anterioridad a la reforma legislativa, la Circular 8/2011 distinguía entre los casos de tutela (ordinaria o administrativa) de los de guarda, estimando que no era necesaria la autorización porque entraba «dentro del radio de facultades y deberes integrados en la patria potestad», pudiendo recabar «el auxilio de la autoridad» conforme al artículo 154 CC. Con la redacción actual, dicha diferenciación no cabe. Se exige que el menor se encuentre bajo tutela o guarda de la Entidad Pública y, en este último caso, también es exigible autorización judicial.

La simple lectura del apartado 1 del art. 778 bis podría dar lugar al falso entendimiento de que es posible el ingreso, a solicitud del Ministerio Fiscal, de menores que no se encuentren en situación de tutela o guarda administrativa. Sin embargo, la definición del supuesto de hecho realizada en el n.º 1 del artículo 25, párrafo segundo (precepto al que remite expresamente la norma procesal), deja bien claro que sólo es posible para el «acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública». Finalmente, es preciso puntualizar que la necesidad de autorización judicial es independiente de que el menor consienta o no el ingreso.

4.2 Competencia

La competencia objetiva para el otorgamiento de la autorización se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia y la territorial al «del lugar donde radique el centro», previsión que reitera en los supuestos de ratificación del ingreso urgente.

Cuestión práctica importante la constituye la derivada de la distribución territorial de los recursos. Las propias normas autonómicas prevén la posibilidad de ingreso

en centros de otras CCAA en atención a la carencia de dispositivos en el ámbito territorial o fundamentado en las circunstancias concretas y el interés del menor.

En el supuesto de solicitudes del Ministerio Fiscal que requieran comunicaciones entre las Secciones de Menores de las distintas Fiscalías Provinciales, se procederá conforme a los principios generales de celeridad y flexibilidad, evitando prácticas burocráticas que puedan suponer dilación. Sólo se recurrirá al auxilio fiscal en los casos en que sea estrictamente preciso, acudiendo, como alternativa, a cualesquiera otros medios de comunicación inmediata, singularmente telefónicos o informáticos.

Los Sres. Fiscales Delegados, tanto de las Secciones de Menores provinciales como los Delegados de Menores para la Comunidad Autónoma, velarán por resolver las diversas contingencias que puedan surgir, solventando coordinadamente las ocasionales diferencias de parecer que puedan producirse.

En los casos excepcionales en que la labor mediadora de los Delegados no diese fruto, resolverá el superior jerárquico común. Lo anterior implica, cuando las Secciones estén integradas dentro de la misma Comunidad Autónoma, que se acuda de inmediato –a través de los delegados de Sección– al Fiscal Superior de la correspondiente Comunidad, para que disponga lo que hubiere lugar (art. 22.4 EOMF). En aquellos casos en que las Secciones provinciales correspondan a diferentes CCAA, se acudirá por los respectivos Delegados al Fiscal de Sala Coordinador de Menores que resolverá el conflicto, conforme al art. 20.3 EOMF y la Instrucción 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores.

4.3 Capacidad procesal, representación y defensa

El art. 763.3 LEC (internamiento por razón de trastorno psíquico) expresamente refiere que «en todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley», es decir, que pueden comparecer con su propia defensa y representación y, si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento, y, en otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado. Por contra, el nuevo artículo 778 bis LEC no hace referencia a este extremo.

El art. 2.5 LOPJM establece que «toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente». Esta disposición debe interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, que entró en vigor en España el 1 de abril de 2015, y con las orientaciones generales del Consejo de Europa (Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia accesible a los niños, adoptadas el 17 de noviembre de 2010) y la Unión Europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño. Bruselas, 15.2.2011, apartado 2.1) sobre la Justicia accesible a los niños (*child-friendly justice*).

En lo que se refiere a la capacidad procesal, el propio art. 2.5 LOPJM establece, entre las diferentes garantías del proceso, «la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses». El art. 10 LOPJM expresa que «para la defensa y garantía de sus derechos el menor

puede: (...) e) Solicitar (...) el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses». El derecho de designar un representante forma parte del contenido de los derechos procesales del niño conforme al artículo 4 del Convenio de 1996, sin perjuicio de la facultad judicial de nombrarlo (art. 9).

En el marco concreto de las privaciones de libertad, el menor tiene «derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción» (artículo 37.d CDN). El precepto no se refiere exclusivamente a las privaciones de libertad acordadas en materia de responsabilidad penal de los menores sino a todas las formas de privación de libertad, como el propio Comité de Derechos del Niño ha tenido ocasión de recordar (Observaciones Generales n.º 10[2007] y 6[2005]).

Conforme a la nueva redacción del art. 10 LOPJM «para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: (...) e) Solicitar asistencia legal (...). En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores». El nuevo art. 21 bis LOPJM confiere al menor la posibilidad de «ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo», con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre (véase, también, art. 2.5.e). No obstante, el art. 17.3 CE, que «garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca», halla su preferente razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (STC n.º 341/1993, de 18 de noviembre).

No siendo, pues, obligatoria la intervención de Letrado, los Sres. Fiscales cuidarán de que el menor sea informado de su derecho a designar Abogado y, en su caso, defensor judicial. A tal efecto, deberá hacerse constar dicho extremo mediante la correspondiente diligencia de notificación de tales derechos realizada por el Juzgado. Al igual que ha expresado el TC en relación con el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, se «impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información» y, al mismo tiempo, «no presuponer su conocimiento por el afectado» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio). En caso, de que el menor no ejercite este derecho, la defensa siempre correrá a cargo del Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva (art. 749. 2 LEC y 10 LOPJM ya citado).

Téngase en cuenta, además, que la normativa alude expresamente a la intervención de Abogado independiente en los arts. 31 (asistencia en materia de régimen disciplinario) y 34 LOPJM (garantiza la asistencia en los recursos sobre medidas limitativas del régimen de visitas y de los permisos de salida). Finalmente, es importante destacar que, en lo que concierne a la posibilidad de entablar recursos, el art. 778 bis –a diferencia del art. 763 bis, apartado 5, del Anteproyecto– ha acogido la legitimación autónoma del menor para su interposición, asumiendo el parecer expresado por el CGPJ. Si desea interponerlo, será necesaria la designación de Abogado y Procurador (art. 750.1 LEC).

4.4 Información de derechos

Como ya se ha expresado, el art. 2.5 LOPJM establece el derecho procesal del menor «a ser informado». Los arts. 2.d y 3 del Convenio de 1996 definen la «información pertinente» como «la información apropiada, habida cuenta de la edad y del

discernimiento del niño, que se le facilitará con el fin de permitirle ejercer plenamente sus derechos, a menos que la comunicación de dicha información redunde en perjuicio de su bienestar».

Las líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa suministran una importante orientación sobre la forma y contenidos de carácter general (apartado IV, reglas 1 a 5). La información debe facilitarse de manera adaptada a la edad y madurez, en lenguaje que sea comprensible y con sensibilidad al género y la procedencia cultural del menor.

Como regla, tanto los niños como los padres o legales representantes deben recibir directamente la información. El hecho de suministrarla a los padres no exime de la obligación de comunicarla al menor afectado. El art. 778 bis, apartado 4, hace referencia expresa a esta obligación al señalar que el menor «deberá ser informado sobre el ingreso en formatos accesibles y en términos que le sean comprensibles a su edad y circunstancias». Téngase en cuenta que el requisito de la información de los motivos de la detención es exigencia del art. 5.2 CEDH, situación que no es predicable únicamente de los procedimientos penales, sino también de cualquier forma de privación de libertad debido al «estrecho vínculo entre los párrafos 2 y 4 del art. 5» CEDH (STEDH de 21 de febrero de 1990, caso Van der Leer contra los Países Bajos). Del mismo modo, también es exigible conforme al art. 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo primer inciso es aplicable a todas las formas de privación de libertad (Observación General n.º 8[1982] del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales).

En suma, como expresa el memorando de las líneas directrices (apartado 54), «los niños necesitan comprender lo que está sucediendo, cómo las cosas van a seguir su curso o pueden hacerlo, qué opciones tienen y cuáles son las consecuencias de las mismas».

En el caso de extranjeros menores de edad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.h del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, es preceptiva la comunicación al correspondiente consulado.

Finalmente debe subrayarse que el Convenio de 1996 matiza que corresponde a la autoridad judicial «asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente» (art. 6.b). La forma de transmisión podrá ser oral o escrita según las circunstancias, conforme expresa el memorando (apartado 28). Las líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa se muestran favorables al desarrollo y facilitación de documentos que contengan la mentada información adaptados a los menores (n.º 4). En cualquier caso, es necesaria la constancia documental de su práctica, bien a través de una diligencia de notificación o en el acta de examen personal del menor (véase, en este sentido, la citada STC n.º 141/2012, de 2 de julio).

4.5 Tramitación

El artículo 778 bis constituye un nuevo proceso especial de carácter singular, al que no son aplicables las disposiciones generales del artículo 753 LEC. La norma expresa una serie de trámites obligatorios, de forma paralela al art. 763 LEC, destinado al internamiento no voluntario por trastorno psíquico.

En primer lugar, establece que el Juez debe «examinar y oír» al menor. Es necesario atender al ámbito subjetivo: su opinión, preferencias y razonamientos. Son, naturalmente, de aplicación los arts. 12 CDN (junto a la interpretación del mismo dada por la Observación General n.º 12 del Comité de Derechos del Niño [2009]: El derecho del niño a ser escuchado) y 9 LOPJM. El resultado de la audiencia del menor

no es vinculante, puede desatenderse motivadamente. La omisión de la audiencia en sede judicial supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC n.º 152/2005, de 6 de junio). En el caso de rechazo del menor a la audiencia, el criterio debe ser el de la Observación General n.º 12 ya citada: «jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento» (apartado 134).

En segundo lugar, se establecen las audiencias preceptivas a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela y a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada. La Ley no hace referencia a los progenitores o tutores que tengan suspendida la patria potestad o tutela en los casos de desamparo. En este sentido, es de recordar que el art. 22 LOPJM obliga a la Entidad Pública que tenga menores bajo su guarda o tutela a informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba. No deja de ser una medida extraordinaria adoptada dentro del seno de una situación de separación familiar. En principio, deben tener conocimiento del procedimiento judicial y poder participar en él (artículo 9.2 CDN). De no hacerlo así y no haberse practicado las actuaciones necesarias para atender en un grado suficiente la precisa protección de sus intereses, «existiría un fracaso en el respeto a la vida familiar y una intromisión derivada de la decisión que no sería susceptible de ser considerada como necesaria en el sentido del artículo 8» CEDH (STEDH de 8 de julio de 1987, caso B. contra el Reino Unido).

En tercer lugar, la norma exige «informe» del Ministerio Fiscal. Cabe, en principio, su realización por escrito.

En cuarto lugar, de forma paralela al art. 763, el n.º 4 del art. 778 bis establece que el Juzgado «recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere relevante para el caso o le sea instada».

La tradicional intervención del médico forense no es siempre necesaria. El término «facultativo» tiene diversas acepciones conforme al DRAE y, si bien una de ellas es la de «médico o cirujano», también se aplica a otras personas que «profesan una ciencia o arte».

Como se expresó en el epígrafe 3.1, la propia norma aclara que la solicitud de ingreso «estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores». La preexistencia de un informe emitido desde la imparcialidad debe tenerse presente. Esta circunstancia era destacada en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Protección a la Infancia, abogándose en el mismo por una flexibilización del procedimiento en aras a la necesaria celeridad.

Además de la posibilidad de intervención del Médico Forense, debe tenerse presente la reorganización de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la posibilidad de integrar en ellos a los equipos psicosociales que incluyen el personal con formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica, llevada a cabo por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ (art. 479.3). Igualmente podrá acudir a otros técnicos adscritos a los Juzgados, a las entidades locales o a la Entidad Pública de Protección de Menores.

La resolución debe fundarse en el interés del menor, conforme a los criterios que resultan del art. 2 LOPJM y expresar el resultado de su audiencia y la valoración de la misma (art. 9.3 LOPJM). El auto debe pronunciarse, además, «sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse» (art. 26.3 LOPJM).

Como expresaba la Circular 8/2011, «en aplicación del principio de prohibición de exceso, el Fiscal debe analizar la adecuación cualitativa (en relación a las necesidades del menor) y cuantitativa (intensidad y duración) de la medida, su necesidad por inexistencia de otro recurso menos restrictivo que pudiera ser aplicado con igual resultado y su proporcionalidad».

5. EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS EN LA RATIFICACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS URGENTES

5.1 Límite máximo e improrrogable

Conforme al art. 26.3, párrafo segundo LOPJM: «... si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hicieren necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo para lo que deberá aportar la información de que disponga y justificante del ingreso inmediato. El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no lo autorice». El art. 778 bis LEC, en su apartado 3, párrafo primero, de forma similar, dispone que «... en este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al Juzgado competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que llegue el ingreso a conocimiento del Juzgado, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado».

El plazo para la ratificación de la medida no puede elevarse en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC n.º 341/1993, de 18 de noviembre, 179/2000, de 26 de junio y 141/2012, de 2 de julio). El régimen de los plazos no se aparta, por lo antedicho, del establecido en el art. 763 LEC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En este sentido, en la STC n.º 182/2015, de 7 de septiembre, referida a este último tipo de internamientos, el TC estudia el *dies a quo* para la ratificación de la medida de internamiento y considera que no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste reparte el asunto. La extensión de tal límite lesionaría el derecho a la libertad personal.

Como ya se refirió en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria (apartado 7.2), las Fiscalías Provinciales y de Área deberán promover ante el Juez de Guardia la legalización de los internamientos en días inhábiles. Será aplicable el art. 70 LEC en relación con el art. 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005. Conforme al art. 42.5 el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá

también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, el art. 70 LEC dispone que los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable. Incumbe a las autoridades judiciales la adopción de los ajustes necesarios, incluso durante un período de vacaciones, para asegurar que los asuntos urgentes sean resueltos con rapidez y esto es particularmente indispensable cuando la libertad personal de un individuo está en juego (STEDH de 29 de agosto de 1990, caso E contra Noruega). Como ha señalado el TC, la superación del plazo –que opera como límite máximo e improrrogable– conlleva la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 CE. No puede mantenerse el confinamiento si a la expiración no se ha ratificado la medida, no cabiendo aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar la demora. No puede convalidarse el incumplimiento porque, con posterioridad, se dicte auto y este resulte confirmatorio.

Aclara el TC que «vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad», dado que «otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio).

Siendo aplicable todo lo expuesto con anterioridad referido al internamiento urgente por razón de trastorno psíquico, son apreciables dos diferencias de importancia. En primer lugar, a diferencia del internamiento por razón de trastorno psíquico donde «lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio), aquí podría ser admisible el traslado del menor desde el centro al Juzgado. Sin embargo, las Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia accesible a los niños (apartados 54 a 63 y 121 a 125 de su memorando) incluyen consideraciones sobre trato, lenguaje y entorno que contemplan la necesaria adaptación de las salas de espera y los lugares donde se desarrollen las entrevistas. Es de observar que, incluso para los adultos, las instalaciones judiciales presentan un carácter intimidante. Se considera, por ello, norma de buena práctica el desplazamiento al centro de protección especializado.

En segundo lugar, si se supera el plazo y es necesario dejar sin efecto el internamiento por tal motivo, podrá verificarse un ingreso en un centro de protección ordinario que, por sus características, no exige autorización judicial, dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

5.2 El procedimiento de *habeas corpus*

El art. 17.4 CE establece que «la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». La LO 6/1984, de 24 de mayo lo regula, atribuyendo al Juez de Instrucción la competencia para su conocimiento.

En este concreto ámbito, la cuestión de la observancia de los plazos ha sido objeto de atención en materia de internamientos no voluntarios por razón de trastorno

psíquico por parte del TC, doctrina que es enteramente aplicable a otras formas de privación de libertad de carácter no penal como la presente. Así, al igual que en los supuestos del art. 763 LEC, en lo que concierne a la preceptiva comunicación al Juzgado, cuando se «incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus*» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio).

Con independencia de que todas las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial sean denunciables ante el mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y, en su caso recurriéndola, todos los casos de inactividad objetiva del órgano judicial permiten acudir al procedimiento de *habeas corpus* ante el Juez de Instrucción en procura de la necesaria tutela de la libertad.

La ausencia de control regular del internamiento (revisiones) también puede justificar el recurso al *habeas corpus* (STC n.º 104/1990, de 4 de junio). Debe destacarse, por último, el relevante papel que en la protección del derecho a la libertad otorga la LO 6/1984 tanto al Juez de Instrucción competente (que puede iniciarlo de oficio) como al Ministerio Fiscal, que está facultado para instarlo (art. 3).

6. RÉGIMEN DE RECURSOS

El recurso apelación, que carece de efecto suspensivo, sólo podrá interponerse por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal y los progenitores o tutores «que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores».

La limitación excluye la presencia de otras figuras como los guardadores de hecho o los acogedores, cuyas facultades se han ampliado por la Ley 26/2015 en los arts. 303 CC y 20 bis LOPJM, respectivamente.

Como exigencia del principio de flexibilidad que rige en la aplicación de las medidas de protección de menores, en el momento de decidir, la Audiencia deberá tener en cuenta «el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias» que se hayan producido durante el lapso de tiempo transcurrido desde el dictado de la resolución en primera instancia (art. 2.5.e LOPJM).

El carácter preferente del procedimiento en todas las instancias resulta de su propia naturaleza tuitiva de derechos fundamentales en materia de protección de menores (en sentido similar, arts. 249.1.2.º y 779, párrafo primero LEC y 9.1 LOPJM).

7. INTERVENCIÓN JUDICIAL DURANTE EL PERÍODO DE INTERNAMIENTO: REVISIONES, INCIDENCIAS Y TRASLADOS

La revisión a intervalos razonables de las circunstancias que motivan la privación de libertad forma parte del contenido del art. 5.4 CEDH (por todas, STEDH de 26 de septiembre de 2000, caso Oldham contra el Reino Unido). El plazo ordinario para la revisión (tres meses) es más reducido que en el caso del art. 763 LEC para los casos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La revisión exige el envío del informe periódico de la Entidad Pública y del Director del Centro, la audiencia del menor y el informe del Ministerio Fiscal.

Es importante destacar que la norma no recoge un límite temporal máximo de estancia. Conforme al artículo 37.b CDN, las privaciones de libertad (no sólo las acordadas en procedimientos de naturaleza penal) deben acordarse «como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda». La idea rectora supone su consideración como intervención extraordinaria temporal por períodos concretos y no con duración indeterminada.

Los Sres. Fiscales vigilarán especialmente que los menores no permanezcan en el centro «más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas» (art. 26.1 LOPJM), realizando especial seguimiento de aquellas estancias que excedan de 9 meses de duración.

El ingreso en este tipo de centros puede llevar aparejada una serie de vicisitudes que precisan de intervención judicial del órgano que esté conociendo el ingreso.

Son las siguientes: 1) Recurso contra la adopción de medidas de seguridad (contención mecánica, contención física, aislamiento o registros personales y materiales) acordadas por el Director del Centro (a instancias del propio menor, Ministerio Fiscal o la Entidad Pública, conforme al art. 27.3 LOPJM); 2) Recurso contra las medidas limitativas del régimen de visitas y permisos de salida adoptadas por el Director del Centro (a instancias del propio menor «al que se le garantizará asistencia legal de abogado independiente» o del Ministerio Fiscal, art. 34.3 LOPJM); 3) Recurso contra las medidas de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas adoptadas por el Director del Centro (a instancias del menor, del Ministerio Fiscal y de las personas interesadas, art. 35.2 LOPJM); 4) Recurso contra las decisiones de traslado de centro (a instancias del menor, Ministerio Fiscal y personas interesadas, art. 778 bis LEC, apartado 6, párrafo último).

Si la revisión hace referencia al aspecto temporal del principio de proporcionalidad, el control judicial de las medidas y posibles restricciones remite directamente a la adecuación de la intensidad. El art. 26.3 LOPJM exige que la autorización del ingreso (o ratificación) se pronuncie «sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse». Nada parece impedir que la omisión de este extremo en la resolución pueda ser subsanada con posterioridad (art. 215 LEC) o que se dicte una nueva que contemple la referida aplicabilidad, pese a que inicialmente no se permitiera.

El concepto de medidas de seguridad (contención, aislamiento o registros) se desarrolla en los arts. 27 a 30 LOPJM.

Debe en este punto tenerse presente la Observación General n.º 4 del Comité de los Derechos del Niño (2003) que reconoce que el entorno social del niño es un factor determinante de su nivel de salud. La Observación menciona a los menores que viven en establecimientos públicos como particularmente expuestos a la violencia institucional, lo que presupone la obligación de los poderes públicos de adoptar cuantas medidas legales, administrativas, sociales, sanitarias y educativas sean precisas para protegerlos y garantizar la indemnidad de su derecho a gozar del máximo nivel posible de salud, frente a cualquier posible forma de maltrato personal o institucional, frente a abusos terapéuticos o disciplinarios y frente a la institucionalización excesiva o inadecuada.

Como expresara la Circular 8/2011 «es necesario que los Sres. Fiscales supervisen los Reglamentos de Régimen Interno y su aplicación, a fin de comprobar que el aislamiento se utiliza correctamente».

El régimen de visitas, permisos de salida y comunicaciones del menor, se regula en los arts. 34 y 35 LOPJM. Es importante recordar que el TEDH ha expresado que la existencia de permisos de salida no implica que el afectado no esté legalmente dete-

nido (SSTEDH de 28 de mayo de 1985, caso Ashingdane contra el Reino Unido). Lo anterior tiene importantes efectos, en particular respecto a los plazos de revisión.

En lo que concierne al régimen de visitas, debe destacarse que se aparta del sistema general establecido en el artículo 161 CC, precepto que ha experimentado una importante evolución. La Circular 8/2011 se pronunció expresamente sobre la competencia de la Entidad Pública para decidir sobre el régimen de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal (apartados VI y XV.5). Aunque algún pronunciamiento (STS n.º 663/2013, de 4 de noviembre) estimó que la limitación o suspensión del régimen de visitas y comunicaciones es propiamente judicial, la propia Sala 1.ª fijó como doctrina jurisprudencial que «la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada» (STS Pleno n.º 321/2015, de 18 de junio). El art. 161 CC, tras su modificación por la Ley 26/2015 ha perfilado todavía más esta cuestión, disponiendo:

La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el sistema que regulan los arts. 34 y 35 LOPJM, no es a la Entidad Pública sino al Director del centro al que se le otorga la facultad de restringir o suspender visitas, salidas y comunicaciones de manera motivada y dentro de los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso, siempre en interés del menor y nunca como medida disciplinaria. El sistema de recursos también varía, dado que se aparta del régimen general del art. 780 LEC, siendo competente para la resolución del recurso el órgano judicial que esté conociendo el ingreso (el del lugar en el que radique el centro) que puede perfectamente no coincidir con el que tendría esta atribución en el caso del citado art. 780 (fuero del domicilio de la entidad protectora, conforme señala el art. 779 LEC).

Cabe entender, como línea de principio, que existirá sintonía de criterios entre la dirección del centro y la Entidad Pública, sobre todo cuando se integren en una misma organización administrativa. Ahora bien, es conceptualmente posible que dicha situación no se dé o que la organización no sea la misma (véase, en este sentido, la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, que regula el régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes). En tales casos, es evidente que la Entidad Pública podrá intervenir en el procedimiento judicial (arts. 778 bis, apartado 1 LEC y 26.1 LOPJM), siendo tutora o guardadora del menor y

ostentando legitimación, con carácter general, en los procedimientos civiles en los que se acuerden medidas de protección (art. 216 CC).

Una interpretación sistemática de los arts. 34 y 35 LOPJM en relación con los arts. 154 a 161 CC lleva necesariamente a reconocer también legitimación para recurrir las resoluciones que restrinjan o suspendan las visitas, comunicaciones y salidas a los padres y a otros allegados interesados. Por último, la norma procesal (art. 778 bis, apartado 6, último párrafo) regula el régimen de traslados a otros establecimientos de la misma naturaleza, estableciendo que no será necesaria nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento para el control periódico el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro. Se acoge el criterio de competencia establecido por la doctrina del Tribunal Supremo, tanto para los casos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico como para los de tutela, que ya había sido objeto también de resolución para los centros de «formación especial» (Así, ATS de 2 de septiembre de 2014, n.º de recurso 88/2014).

8. CESE DE LA MEDIDA

La nueva norma se aparta del tenor del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 que expresaba que «cuando la Entidad Pública o el Director del centro si el menor no estuviera bajo la protección de aquélla, consideren que debe cesar la referida medida, la dejarán sin efecto y comunicarán el informe de alta y la resolución administrativa, en su caso, inmediatamente al Ministerio Fiscal y al Tribunal competente, quien procederá al archivo del procedimiento». Este era el criterio que, en la práctica judicial, se siguió hasta la entrada en vigor de la LO 8/2015. La redacción vigente, en sentido contrario, señala: «El cese será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo» (arts. 778 bis, apartado 7, párrafo segundo, LEC y 26.5 LOPJM).

Es de reseñar que también se separa del criterio adoptado para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Durante la tramitación de la LEC, el art. 765 del Proyecto de Ley establecía una solución similar que fue rechazada. La razón de ello era muy clara, la intervención judicial se justifica en aras a garantizar la libertad ambulatoria. Las razones del internamiento son de carácter terapéutico cuya decisión compete al criterio médico. Si es el Juez el que decide el mantenimiento de la medida se deduce que puede estar justificado por otras razones distintas.

Corresponde especialmente al Ministerio Público impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros, evitando que puedan concurrir otras motivaciones distintas que las derivadas de la necesidades de protección del menor.

9. FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL

La intervención del Ministerio Fiscal es siempre preceptiva (art. 749 LEC), pudiendo actuar como solicitante o como mero dictaminador. No plantea especiales problemas la segunda de estas funciones. La primera, sin embargo, sí que genera dudas tanto de concepto como prácticas.

La norma no establece ninguna limitación a la hora de valorar la oportunidad de dirigir una solicitud de ingreso al órgano judicial. Sin embargo, son muchas las razones que aconsejan un uso prudente de esta facultad. La primera radica en que los recursos, en estos casos las plazas en centro de estas características, son limitados. Lo anterior implica una acción coordinada a fin de optimizar los mismos y atender a unos criterios básicos con objeto de dar prioridad a aquellos casos en que las necesidades que presenten los menores así lo demanden.

La segunda es que es necesario respetar el principio de subsidiariedad, lo que exige una adecuada evaluación de las medidas alternativas y de la posibilidad efectiva de llevarlas a cabo. Es preciso tener en cuenta que las medidas residenciales han de constituir siempre la excepción y que deben priorizarse las medidas de prevención para el apoyo de los menores y sus familias en la medida de lo posible. En un contexto en el que claramente se observan déficits en dispositivos públicos de atención en las distintas áreas relacionadas con la atención de los problemas de conducta (salud mental infanto-juvenil, educación inclusiva, mecanismos de apoyo familiar...) debe evitarse acudir a este tipo de recursos en primer término.

Finalmente, la legitimación activa del Ministerio Fiscal no exime a la Entidad Pública de Protección de Menores de su obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias (art. 16 LOPJM).

Como línea de principio, en los casos de menores en que la Entidad Pública asuma la tutela o guarda, será necesario examinar el plan individualizado (art. 19 bis LOPJM). La intervención del Fiscal se desarrollará en el marco de su papel de superior vigilancia que le confiere el art. 174 CC. Si se detecta una situación de pasividad de la Administración o un criterio evidentemente errático y, tras ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública, no se adopta la medida, es el momento de dictar la correspondiente resolución en el expediente de protección (de menores tutelados o de guarda, conforme a las distintas categorías descritas en la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores). El decreto deberá fundamentar rigurosamente las distintas circunstancias que configuran el supuesto de hecho, ya citadas en la presente Circular, y servirá de fundamento a la correspondiente solicitud.

Como ya se ha referido, es posible que la necesidad del ingreso se detecte en el ámbito judicial en los casos en que la guarda se haya acordado directamente por el Juez, lo que permitiría una intervención al margen de la evaluación de la Entidad Pública. Si el Fiscal, en atención a las circunstancias existentes y a los informes psicosociales de que disponga, considera necesario y justificado el internamiento, deberá solicitarlo si la situación no permite demora. En caso contrario, lo procedente será comunicarlo a la Entidad Pública.

Es importante destacar que los informes psicosociales normalmente procederán de los Equipos Técnicos de la Sección de Protección de Menores o de los Juzgados de Familia, pero también es posible recabarlos de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas. El nuevo apartado 4 del art. 174 CC así lo permite al Ministerio Público. El Preámbulo de la Ley 26/2015 (apartado III) justifica lo anterior: «Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. A tales efectos, expresamente se le asigna la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública.»

En los casos en que fuera necesario proceder al ingreso por razones de urgencia, hay que recordar que, a diferencia del art. 763.1 LEC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, el art. 778 bis, apartado 3, expresa que la comunicación al Juzgado dentro de las 24 horas se realice directamente por el Ministerio Fiscal (no por el responsable del centro).

La decisión de ingreso por razones de urgencia exige una resolución fundada que adoptará la forma de decreto. Se razonarán tanto las circunstancias que configuran el supuesto de hecho como los motivos que exigen la adopción inmediata de la medida. Importante es concretar la necesidad de protección y la finalidad educativa, particularmente en los casos en que pueda cuestionarse que el móvil del ingreso responde a criterios de defensa social frente a menores conflictivos, lo que prohíbe la normativa (art. 25.2 LOPJM).

Finalmente, en lo que concierne al internamiento urgente, deben abordarse dos problemas prácticos. El primero radica en la necesidad de comprobar la existencia de plazas, para lo cual es necesario comunicar previamente con los centros correspondientes de la forma más rápida posible. En el caso de inexistencia de plazas, habrá que valorar si proceden medidas alternativas o, en su caso, simplemente poner al menor a disposición de la Entidad Pública si hubiera lugar a ello.

El segundo radica en si es posible, en los supuestos en que existan plazas libres en distintos centros, optar directamente por uno u otro o se trata de una competencia exclusiva de la Entidad Pública. La atribución de esta facultad a los tribunales presenta soluciones dispares en el derecho comparado. Inicialmente, en tanto no se consolide otra práctica, habrá de partirse de que forma parte de las facultades de autoorganización de la Entidad Pública.

Debe subrayarse que todo ingreso en estos centros exige como presupuesto que el menor esté bajo medida de tutela o guarda de la Entidad Pública, por lo que si el menor no se encuentra bajo tales medidas, la única vía para que pueda acordarse el internamiento al margen de dicha Entidad Pública es la de que previa o simultáneamente se acuerde por el Juzgado la guarda del menor. Si bien el Juez no puede acordar de oficio el ingreso del menor en centro específico sino sólo a solicitud de la Entidad Pública o del Fiscal, sí que tiene la facultad de «acordar la guarda en los casos en que legalmente proceda» (arts. 19.1 LOPJM y 172 bis n.º 2 CC), posibilitando que el Ministerio Público decrete el ingreso de urgencia o promueva la autorización.

10. DERECHO TRANSITORIO

La normativa procesal concierne al procedimiento aplicable a la revisión (expediente de jurisdicción voluntaria o procedimiento contradictorio). Los trámites propiamente dichos, actualmente previstos en el art. 778 bis, apartado 6, no difieren, esencialmente, de los que se realizaban con anterioridad a su entrada en vigor.

Sin embargo, existen cuatro cuestiones que pueden suscitar dudas. La primera consiste en quién acuerda el cese de los internamientos autorizados o ratificados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015. Junto con la disposición del art. 778 bis, apartado 7, la situación se prevé también el art. 26.5 LOPJM.

Habrà de solucionarse la cuestión conforme a la previsión de la Disposición Transitoria Única de la LO 8/2015, conforme a la que «los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio». Consiguientemente, los procedimientos incoados con anterioridad a su vigencia no exigirán que el cese lo acuerde el Juez. Ello no

obsta a que en todo caso, también en estos procedimientos pueda el Juez acordar el cese de la medida.

La segunda cuestión radica en qué sucede con los ingresos que se verificaron sin autorización judicial por haber sido instados por los progenitores que conservaban la patria potestad. Desde la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2015, todas las admisiones en este tipo de centros están sometidas a control judicial, por lo que sería necesario proceder a la correspondiente «regularización» (situación similar ya fue contemplada en la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos). Sin embargo, tras la STC n.º 34/2016, de 29 de febrero –referente también al art. 763 LEC–, «no resulta posible hablar de la regularización de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez» (FJ 5.º).

Conforme al tenor de la resolución, es obligado poner fin a dicha situación de ilicitud porque no puede introducirse «un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente». Hay que añadir que, a pesar de lo anterior, «no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad». Debe recordarse –como se hizo en el apartado 5.1 de la presente Circular– que la Entidad Pública sigue estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado, por lo que puede haber lugar a un acogimiento residencial en un centro de protección ordinario –que no exige intervención judicial– y solicitar desde allí la autorización ordinaria para el ingreso en centro específico conforme al art. 778 bis.

Los recursos sobre incidencias previstos en los arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM (medidas de seguridad, limitativas del régimen de visitas y permisos de salida, de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas) y traslados que se susciten con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015, competencia del órgano judicial que conoció del ingreso, se tramitarán conforme a la nueva normativa ya que tienen sustantividad propia, con independencia de que la autorización o ratificación inicial se haya verificado en un expediente de jurisdicción voluntaria incoado con anterioridad.

Por último, la obligación de revisar la medida con carácter trimestral (art. 32 LOPJM y 778 bis apartado sexto LEC) debe entenderse aplicable también a los internamientos acordados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Este fue el criterio seguido por la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos que disponía que «por lo menos cada seis meses se revisen los internamientos de las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos, cualquiera que sea su denominación, tanto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1983 como los ingresados al amparo de la legislación anterior, según ordena el art. 211 del Código Civil».

11. INSPECCIÓN DE CENTROS

La garantía judicial no es el único control que exigen los centros de estas características. La preocupación que suscita los internamientos de menores, ha tenido reflejo en recomendaciones internacionales como la CM/Rec(2009)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre estrategias nacionales integradas para la protección de los menores de la violencia, de 18 de noviembre de 2009. Su art. 5.1 establece la obligación explícita del Estado de asegurar los derechos de los menores a la protección de todas las formas de violencia, incluso en sus formas más

leves, prohibiendo aquellas que incluyen, imperativamente «todas las formas de violencia en instituciones residenciales» (recordando la Recomendación CM/Rec[2005]5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre los derechos de los menores internos en centros residenciales, de 16 de marzo de 2005). Del mismo modo, cabe citar la Observación general n.º 13 (2011) del Comité de Derechos del Niño titulada «Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia» que establece una definición del término acorde con el art. 19.1 CDN.

Al margen de la investigación, en su caso, de posibles responsabilidades penales conforme al tipo penal incorporado al art. 533 CP, las funciones de control externo tienen un contenido más amplio. El ya citado Informe del Defensor del Pueblo, en este sentido, recomienda al Ministerio Fiscal la visita periódica de los centros de protección de menores, inspeccionando las instalaciones y las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose separadamente con los menores que lo soliciten, exhortando a un control exhaustivo de los centros de protección para menores con trastornos de conducta y a que se doten adecuadamente las plantillas y medios materiales para tal fin (recomendaciones 55 a 57). Ha de tenerse presente la obligación de velar porque los menores puedan desarrollar actividades lúdicas, de descanso, culturales y recreativas (art. 31 CDN), dado que los niños institucionalizados se encuentran dentro de los grupos especialmente vulnerables (OG n.º 17[2013] del Comité de los Derechos del Niño, apartado 51).

Siguen vigentes los criterios de inspección ya reseñados con anterioridad (protocolo de inspección de 2009, Instrucción 3/2008 [apartado III.4, punto 12] y Circular 8/2011) y la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores con periodicidad trimestral.

Con carácter general, el art. 21.5 LOPJM, manteniendo la obligación de inspección que ya recogía el anterior apartado 4, detalla, sin carácter exhaustivo, los extremos que el Fiscal debe analizar, entre los que se encuentran los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno.

En lo que concierne propiamente a los centros específicos, es de reseñar su obligación de remitir informes motivados de seguimiento con carácter trimestral, documento que debe incluir las entradas en el Libro de Registro de Incidencias (art. 32 LOPJM). El citado Libro, conforme al texto de la norma, recoge las medidas de seguridad aplicadas (art. 27.4), es decir, contención (mecánica o física), aislamiento o registros (personales o materiales).

El nuevo art. 31 LOPJM hace referencia expresa al régimen disciplinario, recogiendo los criterios ya reseñados en la Circular 8/2011. Junto con la observancia de los principios generales en materia disciplinaria a los que deberá ajustarse la legislación de las CCAA, se garantiza con carácter novedoso la asistencia legal de un abogado independiente.

En particular se comprobará que las medidas de seguridad previstas en los arts. 27 a 30 LOPJM nunca se utilizan con fines disciplinarios y que las condiciones de ejecución de la separación de grupo no podrán exceder en ningún caso de las previstas en el art. 66 del Reglamento LORPM para los menores infractores. En este sentido, el art. 31.2 LOPJM va más allá y expresa que «no podrán establecerse restricciones de igual o mayor entidad que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores». Hay que tener presente, por tanto, el art. 60 LORPM y lo dispuesto en el Capítulo IV de su Reglamento.

Es importante consignar que el art. 21.7 LOPJM especifica la obligación de dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal de «todas aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial».

Los Sres. Fiscales cuidarán de que, en los expedientes de protección, figuren los informes trimestrales a que hace referencia el art. 32 LOPJM y las notificaciones del precitado art. 21.7, a los efectos de supervisar, especialmente, la correcta aplicación de las medidas, tanto de seguridad como disciplinarias, impuestas.

12. VIGENCIA DE CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y CONSULTAS PRECEDENTES

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, queda sin efecto en su apartado IX (pautas en relación con los centros de menores con trastornos de conducta) –a excepción de los últimos cinco párrafos relativos a la actividad de inspección de centros– y conclusiones derivadas (XV apartado 8, concretamente la conclusión 1.^a).

13. ESTADÍSTICA

El conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia es un objetivo perseguido por la propia LOPJM (arts. 22 ter y quáter). La Instrucción 1/2009, ya citada, en este sentido, expresó: «La importancia del control estadístico en materia de menores es subrayada por la Observación General n.º 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. No solo deben establecerse sistemas eficaces para recabar datos, sino también hacer que los datos recopilados sean evaluados y empleados para detectar los problemas e informar sobre la evolución de las políticas relativas a la infancia.»

La necesidad del Estado de dotarse de un sistema eficiente de inspección y control externo de las instituciones residenciales exige la recolección y análisis de datos estadísticos relevantes (CM/Rec[2005]5, de 16 de marzo, sobre los derechos de los menores acogidos en instituciones residenciales). Si lo anterior es predicable con alcance general, en mayor medida es exigible en el presente caso de los centros específicos en los que se produce una situación excepcional que comporta privaciones de libertad.

La entrada en vigor de la nueva LO 8/2015 exige dotar al Ministerio Público de un instrumento estadístico adecuado para la evaluación de su impacto y análisis de las posibles deficiencias que puedan detectarse. La coordinación en todo el territorio y la selección de los datos es la tarea que ahora cumple desarrollar.

A tal efecto, en enero de cada año, por las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, se solicitará a las Entidades Públicas los datos que a continuación se reseñan. Tales datos, junto con las observaciones derivadas de las visitas de inspección realizadas por el Delegado de Menores e información sobre las novedades en la legislación autonómica se remitirán, como parte de la memoria anual, a la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE.

Los datos son los siguientes:

- Centros de cada provincia (denominación y dirección).
- Usuarios (dentro del año). Subdivisión en sexo y edad (17, 16, 15, 14, 13, 12, menos de 12).

- Solicitantes del ingreso. Subdivisión de los instados por la Entidad Pública o por el Ministerio Fiscal.
- Modalidades de ingreso. Subdivisión en ordinario y urgente.
- Tiempo de estancia. Menores que no superaron los tres meses, seis meses, nueve meses, menores que han superado los 9 meses.
- Traslados a otros centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.
- Sanciones de separación de grupo impuestas. Subdivisión en n.º de usuarios afectados y n.º total de sanciones impuestas en el año.
- Privaciones del derecho de visitas. Subdivisión en n.º de usuarios afectados y n.º total de sanciones impuestas en el año.

14. CONCLUSIONES

Sobre el supuesto de hecho:

1.^a El supuesto de hecho que fundamenta el ingreso en estos centros se estructura en cuatro elementos: 1) situación de guarda o tutela de la Entidad Pública; 2) diagnóstico de problemas de conducta; 3) presencia de desajustes conductuales que se manifiesten en un grado que implique riesgo evidente de daños o perjuicios graves, a sí mismos o a terceros, y que no requieran tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o atención a las personas con discapacidad; 4) necesidad de protección y ausencia de medidas alternativas (principio de subsidiariedad). Los Sres. Fiscales deberán comprobar la concurrencia del supuesto de hecho en todos los ingresos.

2.^a A la hora de definir el concreto significado de la palabra «diagnóstico» empleada en la norma, los Sres. Fiscales la interpretarán como acto de recogida y análisis de los datos para la evaluación de los problemas de conducta, constituyendo la metodología aplicable, exclusivamente, la especializada de protección de menores, que reviste carácter multidisciplinar.

3.^a En la delimitación de lo que constituye riesgo grave propio o para terceros, los Sres. Fiscales tendrán siempre presente la finalidad protectora, la aplicación del principio de subsidiariedad y el carácter excepcional de la medida. A la hora de determinar la gravedad, se deben emplear parámetros tales como la entidad de los hechos, su reiteración, factores de riesgo concomitantes y subyacentes, actitud del menor y los resultados derivados de su comportamiento.

4.^a Ni la LOPJM ni la LEC precisan franjas de edad. El límite máximo para la permanencia en estos centros es el de 18 años. La legislación de algunas CCAA contempla límites mínimos para el ingreso en tales establecimientos que deberán ser observados. En las restantes, los Sres. Fiscales vigilarán especialmente los casos de ingresos de menores de edad inferior a 12 años, a fin de valorar otras alternativas posibles que puedan evitarlo.

5.^a En ningún caso los establecimientos pueden ser considerados centros para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores, puesto que tienen carácter específico (art. 54.1 LORPM y Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, apartado VII.5). Los Sres. Fiscales se opondrán a los ingresos que se funden en tales motivos.

6.^a La LOPJM no permite la creación de centros de protección específicos para el ingreso de menores con problemas de conducta de carácter privado no dependientes de las Entidades Públicas. Los centros de entidades privadas colaboradoras se ajustarán a la normativa descrita en la LOPJM y la LEC y a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015. Los centros sanitarios, sociosanitarios o propios del sistema educativo se rigen por su legislación específica. En el caso de detectarse la existencia de centros no autorizados, sin perjuicio de las responsabilidades penales que en su caso puedan concurrir, los Sres. Fiscales comunicarán dicha situación a las correspondientes autoridades por si procediera la aplicación del derecho administrativo sancionador.

Sobre el nuevo procedimiento contradictorio:

7.^a La legitimación activa se restringe, tanto para los internamientos ordinarios como para los urgentes, a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. La norma no permite la posibilidad de solicitudes directas de los titulares de la patria potestad, de los tutores, curadores, acogedores o guardadores de hecho. Tampoco contempla la intervención de oficio por parte del Juzgado. La autorización o aprobación judicial se recabará incluso cuando el menor consienta el internamiento. Los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier ingreso que no cumpla con estos requisitos.

8.^a La competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, tanto para los casos de internamiento ordinario como urgente.

9.^a No siendo obligatoria la intervención de Letrado, sí lo es la información al menor de su derecho a designarlo, por lo que los Sres. Fiscales comprobarán que se ha hecho constar dicho extremo mediante la correspondiente diligencia de notificación realizada por el Juzgado. La información de derechos comprenderá, además, los contenidos reflejados en el apartado 4.4 de la presente Circular.

10.^a Los Sres. Fiscales, en sus informes –que podrán evacuarse por escrito–, comprobarán que se ha realizado la audiencia del menor y las restantes preceptivas y que se ha emitido el dictamen de personal especializado en protección de menores, valorarán el resultado de las pruebas –con expresión concreta del resultado de la audiencia del menor– y manifestarán su parecer sobre la pertinencia de la medida conforme al principio del interés superior del menor y los parámetros consignados en el art. 2 LOPJM.

Sobre el cumplimiento de los plazos en la ratificación de los internamientos urgentes:

11.^a Conforme a la doctrina del TC, el *dies a quo* para la ratificación de la medida de internamiento no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste reparte el asunto. Los límites temporales, tanto para la comunicación del ingreso como para la ratificación de la medida, son máximos e improrrogables, debiendo vigilar especialmente los Sres. Fiscales su observancia.

12.^a Son aplicables los mismos criterios ya expresados en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria (apartado 7.2), para el internamiento por razón de trastorno psíquico, en caso de necesidad de promover la aprobación en días inhábiles. En el caso de que se supere el plazo y sea necesario dejar sin efecto el internamiento por tal motivo, podrá verificarse un ingreso en un centro de protección de menores ordinario

que, por sus características, no exige autorización judicial, dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

13.^a La inobservancia de los plazos permite acudir al procedimiento de *habeas corpus* al igual que la ausencia de control regular del internamiento (revisiones).

Sobre el régimen de recursos:

14.^a El menor afectado tiene derecho propio a impugnar la resolución. Siendo preceptivo para la interposición del recurso la intervención de Abogado y Procurador, corresponde a la autoridad judicial asegurarse de que ha recibido la información sobre este extremo en términos comprensibles a su edad y circunstancias. Los Sres. Fiscales vigilarán la observancia de este requisito.

Sobre la intervención judicial durante el período de internamiento:

15.^a La medida debe ser revisada, como mínimo, trimestralmente, conforme a lo dispuesto en el apartado sexto del art. 778 bis LEC. Los Sres. Fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de esta garantía.

Aunque la norma no recoge un límite temporal máximo de estancia, los Sres. Fiscales realizarán un especial seguimiento de aquéllas que excedan de nueve meses a fin de que se cumpla el derecho del menor a no estar internado más tiempo del estrictamente necesario ni de verse expuesto a permanencias de duración indefinida.

16.^a La LOPJM regula un recurso ante el órgano judicial contra las decisiones del Director del centro relativas a la aplicación de medidas de seguridad, limitaciones o restricciones del régimen de visitas y comunicaciones o salidas. Los Sres. Fiscales, a la hora de interponer o de informar sobre las referidas impugnaciones, comprobarán especialmente la proporcionalidad de las medidas, su adecuación a los principios recogidos en la propia regulación y su frecuencia.

17.^a El apartado 6.º del art. 778 bis LEC contempla la posibilidad de recurso ante el órgano judicial contra la decisión de traslado a otro centro específico. El traslado no exige previa resolución judicial y sólo notificación a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales comprobarán las razones de la decisión de traslado, y especialmente la proximidad geográfica del centro de destino respecto al lugar de origen del menor y del lugar (o lugares) de residencia familiares y allegados, analizando la adecuación de la decisión al interés superior del menor.

Sobre el cese de la medida:

18.^a A diferencia de la normativa anterior, el apartado 7.º del art. 778 bis LEC exige que el cese de la medida sea acordado por el órgano judicial competente (de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Fiscal), fundamentado en un informe psicológico, social y educativo. Corresponde especialmente al Ministerio Público impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros, evitando que puedan concurrir otras motivaciones distintas que las derivadas de las necesidades de protección del menor.

Sobre las facultades del Ministerio Fiscal:

19.^a La legitimación activa del Ministerio Fiscal no exime a la Entidad Pública de Protección de Menores de su obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias (art. 16 LOPJM). Los Sres. Fiscales actuarán de manera prudente a la hora de solicitar autorizaciones judiciales para el ingreso de menores o en las decisio-

nes de ingreso de urgencia conforme a los criterios que se especifican en el apartado 9 de la presente Circular. Esta intervención tendrá carácter excepcional y limitada a los casos de notoria pasividad o actuación manifiestamente errática en la adopción de medidas por la Entidad Pública. En el expediente de protección deberá adjuntarse el decreto que refleje las circunstancias que configuran el supuesto de hecho, fundamento de las correspondientes solicitudes y la constancia de la comunicación al Juzgado competente dentro de las 24 horas –en los casos de urgencia–.

Sobre el derecho transitorio:

20.º En los expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015 los Sres. Fiscales interpretarán que son aplicables las revisiones trimestrales y que el cese de la medida puede acordarse por la autoridad administrativa.

21.º Los ingresos verificados sin autorización judicial por haber sido instados por los progenitores que conservaban la patria potestad (Circular 8/2011), no pueden ser objeto de «regularización». Si no fueron ratificados judicialmente dentro de plazo, los Sres. Fiscales deberán interesar la puesta en libertad. Lo anterior no obsta a que si concurrieran los presupuestos del art. 778 bis, pueda interesarse nuevamente la autorización. La situación de libertad no es óbice para que la Entidad Pública pueda acordar un acogimiento residencial en centro ordinario, puesto que conserva la tutela o guarda del menor afectado.

22.º En los casos de expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados con anterioridad a la LO 8/2015, en lo que concierne a la legislación aplicable a los recursos sobre incidencias previstos en los arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM (medidas de seguridad, limitativas del régimen de visitas y permisos de salida, de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas) y traslados que se susciten tras su entrada en vigor, los Sres. Fiscales interpretarán que su tramitación debe ajustarse a la nueva normativa dado que presentan sustantividad propia.

Sobre la inspección de centros:

23.º Siguen vigentes los criterios de inspección contenidos en el protocolo de inspecciones a centros de protección de 5 de febrero de 2009, Instrucción 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores (apartado III.4, punto 12) y Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores.

Sobre la estadística:

24.º En enero de cada año, los Delegados de la Sección de Menores de las Fiscalías provinciales solicitarán a las Entidades Públicas los datos que figuran en el epígrafe 13 (art. 22 quáter LOPJM). Los datos, junto con las observaciones derivadas de las visitas de inspección e información sobre las novedades en la legislación autonómica de referencia, se remitirán, como parte de la memoria anual, a la Unidad de Menores de la FGE.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CONSULTA 1/2016, SOBRE LA PENA IMPONIBLE EN LOS CASOS DE QUEBRANTAMIENTO DE UNA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

SUMARIO: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. Consideraciones preliminares sobre la pena de localización permanente.–3. Naturaleza jurídica de la pena de localización permanente.–4. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010.–5. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015.–6. Las modalidades del quebrantamiento de condena.–7. Control de cumplimiento de la pena de localización permanente.–8. Tratamiento jurisprudencial del quebrantamiento de la pena privativa de libertad cuando la pena quebrantada no es la de prisión.–9. Toma de posición.–10. Cláusula de vigencia.–11. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La Fiscalía consultante ha debatido en Junta sobre la correcta petición de pena en los delitos de quebrantamiento de condena del art. 468.1 del Código Penal (en adelante, CP), cuando la pena quebrantada es la de localización permanente.

Dicho precepto, incluido bajo la rúbrica *del quebrantamiento de condena* en el Capítulo VIII del Título XX del Libro II establece: *los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

La controversia se suscita en torno a si la pena que debe solicitar el Ministerio Fiscal ha de ser la de prisión o la de multa. La Fiscalía eleva consulta porque se ve precisada a fijar posición en estos supuestos, siendo consciente de la existencia de la Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, *acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad*. Conforme a la misma, corresponde a los Fiscales acomodar sus calificaciones al último inciso del art. 468 CP (actual último inciso del art. 468.1) en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad.

Ello no obstante, el tiempo transcurrido desde el dictado de la citada Instrucción, el hecho de que la misma se pronunciaba sobre el arresto de fin de semana, pena desaparecida en la actualidad, el pronunciamiento del Tribunal Supremo en STS n.º 680/2001, de 24 de septiembre y los dispares pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, justifican la consulta.

Planteada en estos términos la cuestión, una parte de la Junta se muestra favorable a la solicitud de pena de multa. Fundamentan su postura en la Instrucción 3/1999, cuyo contenido consideran aplicable a los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en lugar determinado distinto de un

Centro Penitenciario; en el principio de proporcionalidad; en una interpretación teleológica, entendiendo que la localización permanente es una pena cuyo ámbito ordinario de aplicación es el de los delitos leves y en la interpretación sistemática, dada la mayor gravedad del quebrantamiento de las penas privativas de libertad que efectivamente se ejecutan en Centro Penitenciario.

A estos argumentos añaden la interpretación gramatical, entendiendo que la dicción literal del precepto «si estuvieran privados de libertad» alude a la situación fáctica en que se encuentra la persona y no a la genérica naturaleza de la pena; el mantenimiento del precepto en el tiempo, del que deriva la conformidad del legislador con la interpretación de la Instrucción 3/1999 y el tratarse de la interpretación más favorable al reo.

Por último, citan en apoyo de su tesis diversas resoluciones, en concreto, las SSAP Pontevedra, secc. 2.ª, n.º 79/2015, de 16 de abril; Las Palmas, secc. 1.ª, n.º 260/2014, de 31 de octubre; Ourense, secc. 2.ª, n.º 210/2012, de 11 de mayo; Madrid, secc. 30.ª, n.º 497/2012, de 13 de noviembre; León, secc. 3.ª, n.º 208/2014, de 2 de abril; Córdoba, secc. 2.ª, n.º 76/2002, de 26 de abril y Zaragoza, secc. 1.ª, n.º 256/2000, de 12 de julio.

Otra parte de la Junta, por el contrario, rechaza los argumentos anteriores, y se muestra favorable a interesar en estos casos pena de prisión. Fundamentan su postura en la naturaleza de la pena, al entender que la localización permanente constituye indudablemente una pena privativa de libertad del art. 35 CP y en la literalidad del art. 468 CP.

Citan en apoyo de su tesis la STC n.º 155/2009, de 25 de junio, que a propósito de la comparación de la gravedad de las penas de localización permanente y multa, destacó la naturaleza privativa de libertad de la primera, afirmando que desde el prisma de la libertad como valor superior, la pena de localización permanente lo afecta de modo inmediato (frente a la multa que sólo podría afectarlo de modo mediato) y la STS n.º 1680/2001, de 24 de septiembre, citada *ut supra*.

Por último, relacionan diversas resoluciones de la denominada jurisprudencia menor favorables a su postura. En concreto, las SSAP Cáceres, secc. 2.ª, n.º 31/2014, de 21 de mayo; Zaragoza, secc. 3.ª, n.º 92/2013, de 25 de abril; Cádiz (Sección con sede en Jerez de la Frontera) n.º 441/2010, de 30 de noviembre; Valladolid, secc. 2.ª, n.º 221/2013, de 10 de junio; Huelva, secc. 1.ª n.º 38/2010, de 17 de febrero; Guipúzcoa, secc. 1.ª, n.º 66/2015, de 17 de marzo y Toledo, secc. 1.ª, n.º 42/2015, de 23 de abril.

La Junta de la Fiscalía consultante ha optado por mantener la primera de las posiciones expresadas, es decir, la solicitud de pena de multa.

No es necesario subrayar la importancia de la cuestión planteada, a la vista de los trascendentes efectos penológicos que se derivan de la adopción de una u otra interpretación. Por ello, lo que pretende la presente Consulta es ofrecer una pauta general que pueda aplicarse a todos los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Un primer acercamiento al objeto del debate aconseja abordar, sin ánimo de ser exhaustivos, el concepto y ámbito de aplicación de la localización permanente, poniendo especial énfasis en aquellos aspectos que permitan resolver la cuestión planteada.

Como es bien sabido, dicha pena es fruto de la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que la incorpora a su art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana, que desapareció con esta reforma y al que viene a sustituir.

En la Exposición de Motivos se justificaba la introducción de esta pena con base en que *permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente.*

La consideración de la localización permanente como pena sustitutiva de la de arresto de fin de semana fue destacada por la STS n.º 1467/2005, de 9 de diciembre, que declara que «la nueva redacción ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la nueva pena de localización permanente, que el propio recurrente considera más beneficiosa».

Se configura, siguiendo las pautas de la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, *sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, como una pena privativa de libertad autónoma, leve y generalmente alternativa.

Obliga al penado a permanecer en su domicilio o lugar determinado fijado por el Juez en sentencia, lugar que deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, disponiendo de unos mínimos de habitabilidad e higiene, no pudiendo, como regla general, cumplirse en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal.

El cumplimiento discontinuo de la pena ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, integrado sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad de mínimo cumplimiento.

El cumplimiento de la pena no podrá restringir las posibilidades del ejecutoriado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

La localización permanente es sin duda una pena privativa de libertad, pues así lo dispone el art. 35 CP, al calificar como tales *la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*

Para la Circular 2/2004 *pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial.*

Esta pena impone al condenado la obligación de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo, por lo que el penado ve restringida su libertad y pierde la capacidad de situarse espacialmente donde desee.

Pese a lo expuesto, la doctrina subraya que existe una considerable diferencia entre el encierro domiciliario y la privación de libertad en un Centro Penitenciario, resaltando como singularidades de la localización permanente, que impide la corrupción o el contagio por los delincuentes habituales o profesionales, evita el sufrimiento personal y la angustia del ingreso en la cárcel y minimiza las perturbaciones laborales

y los efectos desocializadores, llegando a definirla como una «prohibición de acudir a cualquiera de los lugares que el penado frecuentaría en ese tiempo», una suerte de «prisión atenuada», «sensible y perceptiblemente más humana».

Esta diferencia lleva a la Circular 1/2014, de 5 de diciembre, *sobre acumulación de condenas* a entender –con las matizaciones que desarrolla– que con carácter general la pena de localización permanente, no sea acumulable a la de prisión, criterio por lo demás seguido en las SSTS n.º 319/2016, de 15 de abril y 321/2016, de 18 de abril.

Por otra parte, como quiera que la localización permanente no implica ingreso en prisión, no genera el inicio de la relación jurídica penitenciaria y con ello, de la relación de sujeción especial que la misma implica.

4. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LEY ORGÁNICA 5/2010

La Ley Orgánica 5/2010 potenció la pena de localización permanente, al incrementar su límite máximo de duración hasta los seis meses, ampliando su operatividad como alternativa a la prisión.

La reforma incluyó la localización permanente en el hoy derogado artículo 88 CP, como pena sustitutiva de la prisión de duración hasta seis meses.

El párrafo segundo del apartado 1.º del art. 37 estableció que *no obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.*

La reforma no dotó a la pena de localización de ningún efecto rehabilitador y la posibilidad de cumplimiento en un Centro Penitenciario quedaba reducida, en la práctica, a aquellos supuestos en los que el concreto precepto aplicable lo dispusiera, lo que únicamente ocurría en el derogado art. 623.1 CP, que castigaba la falta de hurto en casos de perpetración reiterada.

Por último, cabía la imposición de la pena de localización permanente por la vía del art. 53.1 CP, mediante el régimen de conversión de dos cuotas insatisfechas de la pena de multa impuesta por una falta por un día de localización permanente, en cuyo caso *no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código.*

5. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LEY ORGÁNICA 1/2015

El proceso expansivo de la pena de localización permanente ha sufrido una clara contracción en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

La nueva regulación suprime la sustitución ordinaria como forma de ejecución de las penas privativas de libertad, al derogar el art. 88 CP, lo que ha supuesto recortar notablemente la aplicabilidad de la localización permanente, pena que a diferencia de la de trabajos en beneficio de la comunidad, no se ha integrado en el marco de la suspensión diseñado por la reforma.

Tras la reforma, la aplicación de esta pena queda limitada a determinados delitos leves, como modalidad de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la

multa impuesta por delito leve (art. 53.1 CP) y como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP).

En consonancia con lo anterior, el art. 33.4.h) CP considera como pena leve la pena de localización permanente de un día a tres meses.

La opción de cumplimiento en Centro Penitenciario desaparece con la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las «Faltas y sus penas», trataba en cuatro títulos separados las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público. Con ello ha quedado derogado el art. 623.1 CP (falta reiterada de hurto). Sin embargo, permanece en el art. 37 CP la previsión de la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario.

La pena de localización permanente, como sanción originaria queda reducida, como alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad en los nuevos subtipos de amenazas leves del art. 171.7 CP, coacciones leves del art. 172.3 e injurias o vejaciones de carácter leve del artículo 173.4 CP. En los tres supuestos *cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del art. 84.*

6. LAS MODALIDADES DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

El art. 468.1 CP establece que *los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

La claridad del mensaje legal se enturbia cuando se trata de calificar supuestos intermedios en los que el autor del hecho, pese a estar sometido a la ejecución de una pena privativa de libertad, no se halla internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta.

La Instrucción 3/1999 se plantea cuál haya de ser el tratamiento típico adecuado a aquellas conductas consistentes en el quebrantamiento de una condena a pena privativa de libertad que por razón de algunas de las modalidades de cumplimiento, se lleva a cabo en régimen extracarcelario. En concreto alude a tres supuestos: al penado que no se incorpora al establecimiento penitenciario después de disfrutar un permiso de fin de semana, al que es sometido a una pena de arresto domiciliario y, en general, a todos aquellos otros casos en los que la ejecución de la pena privativa de libertad, en el momento del quebranto, no implica la efectiva situación de privación de libertad.

La solución al interrogante planteado, añade, *se halla íntimamente ligada al criterio que se suscriba en relación con el fundamento de la agravación. El tenor literal del art. 468 parece sugerir el rechazo de un entendimiento puramente nominalista, con arreglo al cual el quebrantamiento de toda pena privativa de libertad, por sí sola, por el hecho de serlo, haría surgir la modalidad agravada. No parece ser ésta la idea rectora que inspira el tratamiento de algunas de las penas de aquella naturaleza (...).*

Y en el momento de decantarse por las posibles soluciones, considera más consistente la idea de que *el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquélla exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad. En*

no pocos casos, la privación de libertad impuesta al condenado adquiere un significado formal, de suerte que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad. Es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia.

Por todo ello la Instrucción 3/1999 exhortaba a los Fiscales a acomodar sus calificaciones al tipo atenuado en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad.

7. CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Consideraba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 que la pena de localización permanente «es una importante novedad (...) que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología».

Ello no obstante, como ya pusiera de manifiesto la Circular 2/2004, *esta aseveración no tiene, sin embargo, ningún reflejo en el articulado. El art. 48.4 del Código Penal sí que contiene una previsión relativa a la posible utilización de medios de control electrónico para la ejecución de las medidas de alejamiento, pero además de su parco contenido, refiriéndose este precepto a la ejecución de penas privativas de derechos, no cabría su aplicación analógica, en principio, a una pena privativa de libertad.*

Por ello, continuaba la Circular 2/2014, *podrá utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.*

Esta previsión era conectada por la Circular con el art. 508 LECrim, regulador de la medida cautelar de prisión atenuada, en redacción dada por la disposición final 1.1 g) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre que prevé genéricamente que se acordará «con la vigilancia que resulte necesaria», por lo que puede el Juez oficiar a la Policía Judicial bien para que establezca una vigilancia permanente, bien para que efectúen rondas periódicas con la frecuencia que impongan o aconsejen las concretas circunstancias concurrentes o para adoptar otras prevenciones. Por lo que *esta misma posibilidad ha de reconocerse pues al órgano jurisdiccional que ejecuta la medida de localización permanente.*

Por tanto, pese a que la reforma operada por LO 15/2003 pretendiera hacer del Juez de Vigilancia Penitenciaria un Juez de ejecución de penas, corresponde al Juez o Tribunal sentenciador el control de la localización permanente, siendo patente la falta de vinculación del penado a la Administración penitenciaria. Ni el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, ni su sustituto, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, ambos dedicados a regular las circunstancias de ejecución de la localización permanente, han modificado esta conclusión.

Tras la LO 5/2010, de 22 de junio, el apartado cuarto del art. 37, prevé que *para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.*

La reforma da cobertura legal a la utilización de tales dispositivos y atribuye al Juez o Tribunal la posibilidad de acordar en tal sentido, subrayando el control de la ejecución de la pena al que antes se aludía.

8. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CUANDO LA PENA QUEBRANTADA NO ES LA DE PRISIÓN

Existe un precedente favorable a considerar el quebrantamiento del arresto sustitutorio ejecutado en el domicilio como modalidad agravada. La STS n.º 1680/2001, de 24 de septiembre, estudia un supuesto en el que el recurrente esgrime que «los hechos enjuiciados no constituyen más que el delito contemplado en el segundo inciso del art. 468 CP puesto que su condena no era ni medida de seguridad, ni prisión, ni medida cautelar, ni conducción ni custodia, por lo que se le ha de aplicar una pena de multa al tratarse de un quebranto de condena de los demás casos». Entiende la resolución que *el recurrente fue condenado en juicio de faltas al pago de una multa, cuyo incumplimiento, no debe llevar aparejada la sanción «multa de doce a veinticuatro meses», por la sencilla razón de que el incumplimiento de la pena de multa tiene un tratamiento específico en el CP cuál es el sometimiento del obligado «a una responsabilidad personal subsidiaria». Y, por ello, en el presente caso, entiende el Tribunal, la autoridad judicial –ante el impago de la multa– impuso al condenado un arresto de tres días, lo que, sin duda, constituye una pena privativa de libertad, que es la que el recurrente ha incumplido; de ahí que la pena que debe imponerse al mismo por este hecho no puede ser otra que la de «prisión de seis meses a un año».*

Como se anticipó *supra*, la denominada jurisprudencia menor se encuentra dividida entre resoluciones que aplican a estos supuestos la pena de multa y aquellas otras que imponen penas de prisión. Ello pone de relieve –en una materia en la que el Ministerio Público es prácticamente siempre la única parte acusadora– una ruptura del principio de unidad de actuación de la Fiscalía que necesariamente ha de ser reconducida.

Es preciso examinar los argumentos esgrimidos.

La SAP Cáceres, secc. 2.ª, n.º 231/2014, de 21 de mayo desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que condenó al recurrente como autor de un delito de quebrantamiento de condena a la pena de siete meses de prisión. La Audiencia considera que la localización permanente es una pena privativa de libertad, declarando que «el art. 35, así lo proclama con rotundidad, y las normas que la regulan, se encuentran dentro de la sección 2.ª del capítulo I del título III del Libro I del Código Penal, que lleva la rúbrica «de las penas privativas de libertad», por lo que con independencia de donde se cumpla, el penado se encuentra «privado de libertad», lo que determina que se le haya de aplicar el subtipo agravado del art. 468.1 del Código Penal», añadiendo que, «la restricción de libertad es completa, el condenado no puede abandonar su domicilio o lugar donde se verifique el cumplimiento, y si lo hace habrá quebrantado la pena, sin necesidad de que existan otros medios o barreras de contención».

Similares argumentos invocan otras resoluciones que se muestran favorables a la imposición de la pena de prisión.

La SAP Las Palmas secc. 1.ª n.º 260/2014, de 31 de octubre asume la tesis contraria, en base a los siguientes argumentos: 1) la descripción típica no fija la pena en función de la naturaleza de la pena quebrantada, sino que yendo más allá exige para imponer pena de prisión que el sujeto estuviera privado de libertad, siendo así que la localización permanente no priva de libertad al afectado sino que la restringe, de tal forma que a diferencia de la pena de prisión en la cual el sujeto no solo carece de libertad sino que tiene reglamentada su vida acomodada a las exigencias del régimen penitenciario, en la pena de localización permanente se le exige estar durante determinado periodo de tiempo en un lugar concreto, generalmente su domicilio, si bien dentro del mismo puede actuar con absoluta libertad, a lo que debe añadirse que la reprensión ínsita en esta pena no viene por la custodia que desarrollan unos funcionarios públicos, sino de la posibilidad de incurrir justamente en un delito si no cumple con la pena. 2) Razones de proporcionalidad imponen no equiparar el quebrantamiento de una pena de prisión con el régimen de custodia esencialmente unida a ella, que determina por tanto una objetiva situación de riesgo para el personal funcional que la desarrolla, con el quebrantamiento de una pena que no lleva nunca tal riesgo al depender única y exclusivamente de la voluntad del propio penado.

Parece en todo caso claro que el penado no está «privado de libertad» cuando disfruta de un permiso y no se reintegra al centro penitenciario (SSAP Madrid secc. 6.ª n.º 339/2002, de 13 de junio y secc. 15.ª n.º 442/2002, de 5 de septiembre).

Como con acierto señala la SAP Madrid secc. 15.ª n.º 442/2002, de 5 de septiembre el Legislador considera que «supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad» lo que «parece razonable que, ante conductas que conllevan un riesgo de enfrentamiento personal con las personas encargadas de la custodia del preso o penado, el legislador incremente la cuantía punitiva».

Desarrolla este hilo argumental la SAP Madrid secc. 30.ª n.º 497/2012, de 13 de noviembre que declara que «estas mismas razones de política criminal serían aplicables a una pena de localización permanente en el que no hay mecanismo de control de la custodia, sino únicamente del cumplimiento de la pena mediante visitas periódicas que no pueden evitar que el penado eluda voluntariamente el cumplimiento de la pena».

9. TOMA DE POSICIÓN

Llegados a este punto para resolver la cuestión debatida es determinante resolver en torno a la vigencia de la Instrucción 3/1999.

Pues bien, ha de entenderse que de las sucesivas transformaciones que ha sufrido el Código Penal, eliminada del mismo la pena de arresto de fin de semana y sustituida por la pena de localización permanente, permanecen incólumes las razones contenidas en la referida Instrucción.

El carácter aislado de la STS n.º 1680/2001, de 24 de septiembre, cuyo contenido ha sido expuesto *supra*, lo parco de la argumentación empleada y el hecho de que no entra a analizar la sólida argumentación esgrimida por la Instrucción 3/1999 desaconseja seguir su criterio.

Se mantienen las razones que llevaron a declarar que no todo quebrantamiento de penas privativas de libertad debe hacer surgir la modalidad agravada.

No se aprecian en la regulación de la localización permanente rasgos que difieran de la *idea de que el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquella exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad*, de la consideración de *que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad*.

En suma, sigue siendo lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia (Instrucción 3/1999).

La solución apuntada es, por lo demás, más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

En este sentido, un relevante sector doctrinal ha considerado que la pena de prisión de seis meses a un año prevista en el inciso primero del art. 468.1 CP sería una reacción jurídica desmesurada, absurda y desproporcionada para el quebrantamiento de la pena de localización permanente.

Por ello se ha defendido, desde la atalaya del principio de proporcionalidad, castigar con pena de multa los supuestos en los que quien quebranta lo hace no acudiendo a su domicilio cuando tenía que comenzar el cumplimiento, pues en tal caso, claramente, el ejecutoriado incumple cuando no se encuentra *de facto* privado de libertad. Compartiendo esta afirmación, y atendida la naturaleza y características de ejecución de la pena de localización permanente, no se justifica un tratamiento distinto al penado que no ha iniciado el cumplimiento de la pena de aquél que, habiendo acudido al domicilio o lugar de cumplimiento se ausenta del mismo una vez iniciado el cumplimiento.

Por lo demás, la propia redacción del tipo en su modalidad agravada no se refiere a los penados que estuvieran cumpliendo pena privativa de libertad sino de los que estuvieran «privados de libertad».

Abordando otros problemas colaterales que el quebrantamiento de la localización permanente plantea, es necesario analizar qué tratamiento dar a los supuestos en los que su ejecución deriva de una sustitución conforme al art. 71.2 CP o de una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria conforme al art. 53 CP.

Así, cuando la pena de localización permanente se impusiera como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP), el quebrantamiento dará también lugar a la deducción de testimonio y a la incoación de nueva causa por el tipo atenuado del art. 468 CP, no siendo procedente el retorno a la pena original, pues la prisión inferior a tres meses se sustituye «en todo caso». En estos supuestos la pena de prisión queda definitiva e irreversiblemente sustituida por la pena de localización permanente. El art. 88.2 CP disponía que «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará (...)», previsión que daba argumentos a la tesis favorable al retorno. Sin embargo, la desaparición de esta regla tras la reforma operada por LO 1/2015 deja desprovista de asideros a tal interpretación.

La localización permanente puede ser también una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP). En este punto ha de recordarse la Circular 2/2004 que establecía que «en los supuestos en los que la responsabilidad

personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad».

Pues bien, si descartada la suspensión y los trabajos en beneficio de la comunidad finalmente se opta por la privación de libertad a cumplir mediante localización permanente, el incumplimiento generará igualmente como efecto la incoación de nueva causa por delito de quebrantamiento en su modalidad atenuada.

Debe recordarse, para todos los supuestos de quebrantamiento de la localización permanente, la vigencia de dos pronunciamientos de la Circular 2/2004: 1) «Los Sres. Fiscales mantendrán el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada». 2) «El testimonio por quebrantamiento podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día. Ello no obstante, para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de los incumplimientos detectados».

10. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Consulta no afecta la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado. Debe considerarse vigente la Instrucción 3/1999.

11. CONCLUSIONES

Los Sres. Fiscales acomodarán sus calificaciones al último inciso del art. 468.1 del Código Penal en los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, puesto que en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Consulta.



BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

ANDRÉS LASO, Antonio: «La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro». Ministerio del interior. Madrid, 2016, 534 páginas.

I

La lectura del presente libro de Antonio Andrés Laso, doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid y premio Victoria Kent del 2015, ha sido una de las grandes satisfacciones científicas que últimamente he experimentado por razón del autor y de la obra. Destinado hoy y ocupando plaza en los Cuerpos Generales de la Administración, Andrés Laso ha sido funcionario de Instituciones Penitenciarias desde el año 1987 y jurista a partir de 1997, sirviendo, con extraordinaria valía, en diversos establecimientos. En la actualidad también se desempeña como profesor asociado en la Facultad de Derecho vallisoletana. Su vocación intelectual se ha ido conformando en este tiempo con la publicación de brillantes artículos al respecto y ahora con esta magnífica monografía, dirigida, como originaria tesis doctoral, por un destacado penalista y penitenciario emergente, cual el catedrático de Derecho penal de la ciudad castellana, Ricardo Mata y Martín.

El conocimiento y la lealtad son atributos del autor. Lo primero, por cuanto una vida de entrega a esta temática se refleja en sus excelentes páginas; lo segundo, por ser característica de los funcionarios penitenciarios, especialmente en lo que hace al personal respecto a quien esto escribe, a su etapa de supremo responsable del Centro Directivo y a su tarea legislativa. Pero, con ser bueno lo dicho, todo podría palidecer si la aportación fuera gris o mediocre. No es rotundamente el caso. El presente trabajo es de una calidad excepcional, reflejo de los años de dedicación a la materia y del profundo análisis llevado a cabo por el autor tanto de la historia cuanto de la realidad carcelaria española.

II

La monografía consta de cinco capítulos y una completísima bibliografía final (págs. 499 y sigs.). Pienso que, en su conjunto, responde perfectamente

al título de la misma, que viene a ser un acertado resumen de lo que luego se desarrolla ampliamente. Por eso puede decirse que son tres las grandes partes en que el importante texto se divide: los antecedentes de la Ley penitenciaria, el análisis de su actualidad y los problemas de futuro que se le presentan, muchos de los mismos en vía de solución.

Respecto al primer gran apartado (págs. 37 y sigs.), el repaso histórico es más que correcto. La mención del mejor ordenamiento está presente. Del mismo modo, no se olvida la más certera doctrina al respecto. Sin los grandes penitenciaristas y penitenciarios hispanos nada se habría avanzado y esto lo tiene muy presente Antonio Andrés. El espacio dedicado a todo ello es suficiente, pues no se trata de una aportación meramente de historia sino de situarnos necesariamente en los momentos esenciales de nuestro penitenciarismo. Así, aborda la novedad del mandato republicano de Victoria Kent (págs. 42 y 43) y después el régimen franquista y los reglamentos llevados a cabo en este periodo (págs. 48 y sigs.). Será en la modificación de 1968 cuando un sólido atisbo de tratamiento se introduzca en el texto legal de 2 de febrero de 1956 (págs. 67 y sigs.), complementado con la reforma reglamentaria de 1977 y, antes, con la creación del Cuerpo Técnico en 1970, con sus distintas especialidades (págs. 75 y sigs.). Todo ello desemboca en la transición democrática, patrocinada por el presidente Adolfo Suárez, ese hombre intuitivo, intenso y enérgico, al que tuve el honor de obedecer, y en la Ley Orgánica General Penitenciaria. El sentido recuerdo de Jesús Haddad y el dedicado a mi labor de entonces, el orgullo de mi vida, abarcan un buen espacio del trabajo del autor (págs. 81 y sigs.). El respeto y el reconocimiento fluctúan, a partes iguales y equidistantes, por estas líneas generosas, siempre muy de agradecer.

El amplio espacio que se dedica a las Circulares de la Dirección General, antes de la vigencia de la norma legal de referencia, es demostrativo de la aplicación del autor al impulso reformador de aquel momento (págs. 85 y sigs.). Fueron, técnicamente, fuente secundaria creadora del Derecho, indispensables en aquel momento, al no llegar en sus previsiones los Reglamentos en vigor a cuanto se necesitaba, adaptando las disposiciones reguladoras a la realidad. Es verdad que la reserva de ley no coincidió con mucho de lo ordenado pero la necesidad era extrema. Normativa como el denominado régimen de vida mixta, antecedente del cerrado; el tratamiento de la educación en los centros o la primera y extensa regulación de los permisos de salida, de entonces proceden y llevaron mi firma.

Cuando de seguido Antonio Andrés llega a la Ley penitenciaria no margina ninguna de sus bondades ni novedades en aquella España del cambio del que ese texto, en su concreto campo, fue pieza esencial (págs. 107 y sigs.). Como es lógico, no deja de significar el que tal norma orgánica fue la primera de desarrollo constitucional, de ahí su numeral, resultado del consenso impulsado y practicado por el gobierno de la UCD, roto de inmediato por la oposición, pues los tiempos ya fueron otros, con la siguiente Ley, la 2, relativa al Tribunal Constitucional. Luego de la Ley expone los diversos Reglamentos Penitenciarios (a partir de ahora, RP) que se han sucedido en

democracia, es decir el de 1981 y el actual de 1996, con visión de actualización respecto a la doctrina y jurisprudencia que, al respecto, se iba generando.

Las prisiones de aquel momento trazado no eran las más adaptadas precisamente para la reforma que gubernamentalmente se pretendía. Por ello no bastaba el imponente instrumento legal. Había que dotarlas de los presupuestos adecuados para lograr el objetivo reinsertador que proclamaban la Constitución y la propia Ley. Una primera inversión de 10.500.000 de las antiguas pesetas empezó a operar la transformación arquitectónica requerida, con la construcción de nueva planta de trece centros. Todo se llevó a cabo y de ahí, de aquella etapa sacrificada y valiente, lo actual proviene. Andrés Laso no pudo conocer, por edad, estos años magníficos pero ha leído con supremo detenimiento a sus protagonistas y por eso puede mencionar acertadamente cuanto aconteció y se expande en las características de cada valioso instante transformador. Únicamente un gran profesional puede alcanzar este extremo de precisión y de bondad en lo escrito. Los Reglamentos de posterior desarrollo, hasta el que hoy rige, culminan la iniciada obra.

El segundo extenso espacio de la obra se centra en la exposición detallada y en el análisis minucioso de la legislación vigente (págs. 143 y sigs.). Todas las instituciones recogidas en la misma, retratadas en su índice, se traen a la presente monografía y, junto a la mención precisa, el apoyo en la cita exacta de cuantos autores y resoluciones jurisprudenciales han tratado el asunto.

Late aquí, como en la totalidad de la aportación de Andrés Laso, un acendrado cariño por cuanto narra. La enumeración de nuestros grandes penitenciaristas contemporáneos (Alarcón, Bueno Arús), mis queridos y añorados colaboradores de entonces, no se orilla y el autor ofrece así, como lo hace cuando de mi obra trata, una proyección de los conocimientos desde dentro, es decir metiéndose en la esencia del problema de la mano de quienes los vivieron y solucionaron.

Como buen jurista en su largo tiempo de dedicación profesional, aunque la vocación y el sentimiento penitenciario no pasan nunca, el tratamiento tiene especial relevancia en lo escrito por Andrés Laso. Con su carácter de voluntario, a él se supedita el régimen, por imperio legal, y de él depende la posible y deseable reinserción del interno (págs. 219 y sigs.). Todo gira así en su derredor. Tenga una concepción estricta, basado en las ciencias de la conducta, como expresa la Ley (arts. 59 y sigs. LOGP) y quería Alarcón Bravo, o una más reciente, como medio de intervención conductual, amparado en otros modelos tales como el trabajo, la educación o el deporte, al decir del Reglamento (arts. 110 y sigs. RP), es pieza fundamental de la reeducación. Sus instrumentos coadyuvantes, como las visitas, los importantes permisos de salida ordinarios o las propias salidas programadas, tienden a lo mismo, a no romper el vínculo del penado con la sociedad y a lograr la excarcelación en las mejores condiciones posibles de cara a una adaptación social.

III

La práctica efectiva, durante mucho tiempo, del Derecho penitenciario le hace a Antonio Andrés profundizar en lo dispuesto en la letra de la Ley. Así, expone con autoridad lo referido al régimen y al tratamiento *intra* y *extra muros* de los centros, no en balde su entrega a la Institución, incluidos puestos de mando, fue su profesión, ya lo he dicho, durante muchos y buenos años. Lo mismo efectúa cuando se introduce en temas difíciles o espinosos, como los que hacen amplia mención a los internos terroristas o a los FIES (págs. 423 y sigs.). Para todos encuentra la frase correcta y la opinión adecuada. Entiende, le guste o no, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Del Río Prada), apoya la dispersión penitenciaria de aquéllos delincuentes y, con lógica, no puede rechazar el fichero y sus diversas modalidades, fuente de información imprescindible para el Centro directivo. Coincide, en fin, con quien esto escribe al entender que la política penitenciaria es un eficaz instrumento legal en la lucha contra la delincuencia de las organizaciones terroristas y criminales (pág. 425).

Andrés Laso sirvió en Martutene. De ahí, y del establecimiento de Basauri, partieron los reclusos de ETA a los que di orden de trasladar a Soria, en diciembre de 1978, inaugurando el sistema de concentración de dichos presos. Los Grapos fueron derivados a la prisión de Zamora. Este régimen se mantuvo y aún se potenció, tomando carta de naturaleza, en 1983 cuando el gobierno de Felipe González destina a Herrera de la Mancha a los miembros de la citada banda. Después, cuando se dispone de nuevas y adecuadas prisiones, se decide la dispersión peninsular en muy diversos establecimientos y departamentos especiales, aplicándoles un severo régimen reglamentario de internamiento. Nada más acertado que esta decisión, que se ha venido manteniendo en el tiempo por los gobiernos que se han sucedido en nuestro país y que, desde luego y como un efecto no menos relevante, dificulta el control que se pretende desde fuera y facilita el desarraigo de la organización en la denominada vía Nancrales, llevada a cabo hoy en la prisión de Zaballa (Álava).

No menos importancia tiene la aparición en nuestra ley penal, por LO 1/2015, de la pena perpetua revisable, sanción única e indivisible, y de la reforma de la libertad condicional que ya no es el cuarto grado penitenciario, lo que históricamente era su naturaleza, sino sustitutivo de la ejecución. Antonio Andrés también es consciente de los futuros problemas que estas dos severas modificaciones pueden llegar a causar a Instituciones Penitenciarias (págs. 451 y sigs.).

En la actualidad, grandes monografías y trabajos de nuestra doctrina han tratado del tema penitenciario. Pero entre ellos, tantos buenos, la presente obra de Antonio Andrés Laso es la más completa, la que más me ha llenado de legítima satisfacción, pues me ha hecho revivir prácticamente en su totalidad aquel tiempo preciado y cómo se ha desenvuelto con posterioridad, sin perder su esencia, lo entonces ideado.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal
Universidad Alcalá

SAROU GARCÍA, Sara: «Primer grado penitenciario y Estado de Derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad». Bosch, Barcelona, 2017, 354 págs.

I

La autora, profesora de la Universidad de A Coruña y abogada, nos ofrece en el presente libro un tema verdaderamente interesante y muy poco tratado en nuestro Derecho penitenciario. Únicamente el gran texto de Eugenio Arribas (Madrid, 2010), que escribe en el presente un breve Preámbulo (págs. 25 y sigs.) puede mencionarse como pionero al respecto. Porque, en efecto, es difícil tratar de un asunto, cual el primer grado de tratamiento penitenciario, que se nos antoja como el que presenta el contenido más restrictivo de los múltiples derechos de los que goza el recluso español. Y sin embargo necesario. La excepcionalidad, que recoge esta concepción, ya fue mencionada en el art. 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (a partir de ahora LOGP) y su desarrollo reglamentario (arts. 89 y sigs. del Reglamento (a partir de ahora RP) y así se ha mantenido durante estos sus treinta y ocho años de vigencia.

Estas normas penitenciarias, de 1979 y 1996, respectivamente, son el punto esencial del análisis de la Dr.^a Sarou, sin perjuicio de conocer perfectamente sus antecedentes, así como las resoluciones judiciales de referencia. Monografía pues imprescindible y muy bien escrita, de contenido diferencial respecto a otros trabajos en los que la demagogia prima. El régimen cerrado es «una necesidad insoslayable para cualquier sistema penitenciario» (pág. 333) y de ello no duda razonablemente la profesora de A Coruña. Yo hablé, en su momento, de una «amarga necesidad». Mas la obra plantea la capital tensión entre esta afirmación de un postulado inequívoco y la ejecución del régimen de cumplimiento y su carácter estricto respecto a los derechos constitucionales de los internos. El libro analiza este aspecto y pone al servicio de la dialéctica que puede suscitarse al respecto, cuantos materiales se han investigado con gran soltura y correcta metodología.

No obstante, quiero sentar desde un principio mi postura al respecto. La reforma penitenciaria que me cupo el honor de dirigir no se hubiera podido llevar a cabo, entre otras trascendentes cosas (permisos de salida, visitas vis a vis, juez de vigilancia...) sin la aplicación del régimen cerrado. Fueron pocos, pero para un número muy concreto y reducido de reclusos no hubo más remedio que emplearlo y ello fue elemento determinante de poder llevar a cabo el fin primordial del cambio que se trataba de operar. Luego, después de la firmeza, esos mismos internos vieron progresar su grado penitenciario pero, en esa primera etapa, la clasificación en el primero y consiguiente destino en tales establecimientos (art. 72.2 LOGP) no tuvo vacilación para mi Centro Directivo. Incluso hoy se sigue utilizando, con plena corrección, para los presos terroristas. Por ejemplo, según datos de abril de 2017, de los 265 etarras encarcelados en nuestro país, 261 están descontando su encierro en

régimen cerrado, sin poder acceder a beneficios, bajo el sistema de la dispersión penitenciaria. Pero peor lo tienen los 75 que cumplen en Francia, también dispersos en diversos centros de la República, pues el sistema celular es más duro que nuestro país. Allí son 23 las horas de aislamiento en celdas; en el nuestro, el paseo se extiende a las 4 o las 3 horas, con vigilancia, dependiendo respectivamente de la modalidad (cerrado simple o departamento especial).

II

El presente libro de la Dr.^a Sarou tiene cinco capítulos bien estructurados que recorren toda la problemática del cumplimiento en primer grado. Yo distinguiría, no obstante, dos grandes partes: la que se refiere a los orígenes y a la regulación del mismo en nuestro sistema penitenciario, así como a sus características legales; y la que atañe a las modalidades de aquél y al tratamiento en el mencionado régimen.

Dentro del primer bloque, destaca el relativo a los antecedentes. Mi Orden Circular de 24 de julio de 1978 (págs. 43 y sigs.) marca el arranque de lo que luego será el régimen cerrado en la LOGP. La autora ha entendido con claridad el instante temporal. Nada normativo existía y este sistema «de vida mixta», como se denominó entonces, tuvo que encontrar sus fuentes primarias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Después, el art. 10 LOGP solventó el tema no pequeño de la reserva de Ley. La peligrosidad extrema es la base de la aplicación del régimen cerrado. Siempre creí que la frase tenía dos acepciones: la criminal y la penitenciaria pudiendo, perfectamente, darse una sin la otra. La Prof.^a Sarou García se atiene a la definición de nuestro Código Penal para desentrañar el significado de aquella (pág. 101). Pero nadie me hace cambiar mi apreciación de la acepción lejana. Peligroso es el recluso por su historial delictivo o por su comportamiento carcelario y, así, ellos son los sujetos del primer grado. En cambio, la Ley no distinguía tajantemente, pues se mencionaban en conjunción similar (art. 10.1 y 2 LOGP) el régimen cerrado del departamento especial, añadido reglamentariamente (art. 91.1 RP). El superior rigor caracteriza a la segunda de las mencionadas modalidades.

Siempre este sistema de cumplimiento fue la excepción: «no obstante...» decía y dice la disposición reguladora, cuando del mismo trata, en relación al régimen ordinario. No por pensarse entonces y ahora que tal podía ser pasajero en el mundo penitenciario, sino por entenderse que el número de internos en el mismo nunca llegaría a una cifra considerable. Hoy, de hecho, prácticamente los terroristas (ETA y Yihadistas) son los únicos a quienes se aplica, junto a narcos muy excepcionales.

La incuestionable dureza preside la ejecución penitenciaria de los internos clasificados en este régimen. Y ello es correctísimamente explicado por la autora de la monografía (págs. 155 y sigs.). Todo encaja en una ejecución ciertamente especial, al margen de la ordinaria, en establecimientos de segundo grado, que es la mayoritaria en nuestros centros modulares. La supresión de permisos de salida, la revisión sistemática de paquetes, los paseos en escaso número, la extrema vigilancia o los cacheos continuados

son, entre otras, las limitaciones de la vida en común y el mayor control de la que habla la norma orgánica penitenciaria. Todas estas restricciones están recogidas en el texto de la Dr.^a Sarou (págs. 184 y sigs.) con minuciosidad y gran sustento legislativo, jurisprudencial y de doctrina científica.

En cuanto al tratamiento, la posible «disfunción» normativa (págs. 298 y sigs.) es señalada pues preocupa en elevado grado a la autora. La programática reeducación y reinserción social, constitucional y legal, puede resentirse. Pero, en mi criterio, más se resiente la imposibilidad de aplicar aquellos principios, en una convivencia ordenada, a todos los reclusos condenados por una minoría imposible que ha de mantenerse aislada del común de los internos. Y este es el sentido del régimen cerrado, esa retención y custodia de la que habla el legislador, situación de la que se puede salir, como de hecho sucede, a través de los mecanismos establecidos en la propia legalidad. Ni inconstitucionalidad de aquél ni extensión desmesurada a la población reclusa.

Toda la monografía de la profesora de A Coruña es esa tensión entre lo regulado y el respeto por los derechos humanos de los reclusos clasificados en primer grado de tratamiento penitenciario. Resolverla no es fácil aunque el equilibrio preside estas excelentes páginas de Derecho penitenciario. Las buenas conclusiones que cierran los apartados (págs. 317 y sigs.) son un reflejo de lo dicho.

Finaliza el texto con un listado jurisprudencial potente y bibliográfico de gran calidad (págs. 335 y sigs.) con la mención, en este último caso, de nuestra mejor doctrina aunque es inevitable que se cuele algún libro o artículo innecesario. Concesión de las buenas personas y de los científicos exhaustivos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Alcalá

CÁMARA ARROYO, Sergio/FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel: «La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario», Aranzadi, 2016, 281 páginas.

Los Dres. Cámara Arroyo y Fernández Bermejo, discípulos del Prof. Sanz Delgado y, por ende, «nietos científicos» del Maestro García Valdés, han elaborado una obra que, publicada por la editorial Aranzadi en septiembre 2016 bajo el título *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, analiza, con el rigor científico y solvencia al que ambos autores nos tienen acostumbrados en sus anteriores monografías, la controvertida pena privativa de libertad que el legislador penal introdujera en nuestro arsenal punitivo a través de la Ley Orgánica 1/2015.

A lo largo de las más de 200 páginas que conforman esta obra y de los ocho capítulos que la estructuran, ambos docentes e investigadores examinan, con encomiable claridad expositiva, merced a ese estilo directo que les caracteriza y a la rehuida de toda oración alambicada y farragosa, las numerosas singularidades que esta pena presenta.

El estudio de esta sanción se inicia, como no podía ser de otra manera, con un análisis de sus antecedentes históricos y legislativos, permitiendo así al lector confirmar, desde un principio, dos circunstancias particularmente relevantes que incluso el neófito en la materia podía intuir: la escasísima presencia, por una parte, de la reclusión perpetua en nuestra tradición legislativa y, por otra, las aceradas críticas de las que ya era objeto por parte de nuestra mejor doctrina penal. En efecto, con las excepciones de los Códigos Penales de 1848 –donde se prevenían hasta cuatro penas aflictivas perpetuas, justamente vilipendiadas por Pacheco– y de 1870 –que mantuvo el mismo esquema que el anterior texto punitivo pese a introducir la obligación de indultar a los reos tras el cumplimiento de 30 años–, la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad tuvieron un relativamente corto recorrido normativo, toda vez que, tras su eliminación por el Código Penal de 1928, dejaron de integrar el catálogo de sanciones de los sucesivos textos punitivos del siglo xx. Circunstancia esta última particularmente significativa por cuanto que evidencia la ausencia de reparos del legislador penal español del siglo XXI en recurrir a instrumentos punitivos decimonónicos para afianzar su ideario político criminal de corte represivo.

El segundo Capítulo de la obra de Sergio Cámara y de Daniel Fernández se dedica al análisis de un ámbito que, en relación con la prisión permanente revisable, se presenta como ineludible: el Derecho comparado. Y ello es así por cuanto que las continuas alusiones a las legislaciones foráneas, en general, y a las existentes en nuestro entorno cultural, en particular, han sido profusa y torticeramente hechas por quienes, con resuelta convicción, han pretendido justificar la inserción de esta pena en la normativa patria y dotarla de un barniz de legitimidad por hallarse, así mismo, presente en el elenco de penas de países avanzados. No obstante, como evidencian ambos autores, ni el mandato constitucional español de orientación primaria hacia la reeducación y reinserción social de las penas y medidas de seguridad privativas de

libertad se encuentra en todos los países del entorno europeo, ni los plazos de revisión de la condena previstos en éstos presentan la rigurosidad de los establecidos en nuestra legislación. Es más, como acertadamente ponen de relieve estos especialistas respecto de esta última circunstancia, en la prisión permanente revisable se incumplen las normativas supranacionales europeas, debiendo considerarse, al menos las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años, contrarias a las exigencias derivadas del respeto a la dignidad humana y a la prohibición de las penas inhumanas y degradantes que prevén tanto el art. 15 de la CE como el art. 3 de la CEDH.

El tercer capítulo de la monografía de los Dres. Cámara y Fernández, dedicado al análisis de la regresiva Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, se revela como pertinente toda vez que ésta constituye la primera manifestación de la política criminal securitarista seguida, desde entonces, por nuestro legislador penal. La corriente de neoconservadurismo que asoló el continente europeo como consecuencia del atentado de la Torres Gemelas de 2001 fue aprovechada por el legislador español para, amparándose en la supuesta lenidad de nuestro modelo de ejecución de penas, acometer, con inusitado ímpetu, los cimientos que sustentan nuestro andamiaje jurídico-penitenciario y, así, desvirtuar el sistema de individualización científica que la Ley Orgánica General Penitenciaria implementara en 1979. Y es que, como tuve ocasión de escribir en aquel *annus horribilis*, con la introducción del período de seguridad mediante aquella infausta Ley, se alumbraba una suerte de sistema penitenciario mixto o híbrido que conjugaba el implantado por el art. 72 de la LOGP con el progresivo puro anterior al Decreto 162/1968, de 25 de enero. Los autores argumentan, con encomiable claridad expositiva, no solo las nefastas consecuencias que generó –y sigue generando– en el ámbito penitenciario la introducción, en 2003, del art. 36.2 en el Código Penal –solo dulcificado con la reforma operada por la L. O. 5/2010–, sino también las trascendentes modificaciones de las que fueron objeto los arts. 76 y 78 de nuestro texto punitivo, fijando, el primero, límites de 40 años de prisión en los supuestos de concurso real de delitos y ampliando, el segundo, a los permisos de salida y a la clasificación en tercer grado los cómputos de tiempo a realizar.

Es en el cuarto capítulo de la obra cuando ambos especialistas focalizan su estudio en la regulación de la prisión permanente revisable. Tras unas páginas iniciales en las que los autores hacen referencia a los diversos conceptos y modelos existentes, a los argumentos esgrimidos por la mayoría de la doctrina contrarios a su introducción y a los significativos resultados de los informes y encuestas de opinión realizados entre 2010 y 2015, proceden a un exhaustivo y brillante análisis de los textos prelegislativos, esto es, del Anteproyecto de 2012 (págs. 102 y sigs.) y del Proyecto de 2013 (págs. 120 y sigs.) de reforma del Código Penal. La particular sensibilidad del estamento político a las demandas ciudadanas de un mayor rigorismo punitivo y a los réditos electorales que sus decisiones generan, reforzada por un creciente sensacionalismo informativo y por una interesada sacralización de la víctima –que alcanzaría su punto álgido con la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de

abril, y de su desafortunado art. 13— explican, que no justifican, la revitalización de esta pena en los albores del Siglo XXI. Comparto, pues, la conclusión a la que los autores llegan, tras un concienzudo estudio de todos los factores concurrentes, de que la principal razón de la introducción de esta pena en nuestro sistema, sin escarpia criminológica que la sustente, obedece al cumplimiento de promesas electorales (pág. 89). Se confirma, así, por una parte, no solo lo que el Prof. Gimbernat advirtiera hace más de una década, esto es, que hacía ya unos cuantos años que en los países democráticos —no sólo en España— los políticos habían descubierto que en el Derecho Penal —más precisamente en el endurecimiento del Derecho Penal— había una gran cantera de votos, sino que se explica, también y por otra, el que ya en 2009, durante la tramitación de la reforma de 2010, una determinada formación política, entonces en la oposición, insistiera en su irrefrenable deseo de insertar la prisión perpetua revisable en nuestro Código Penal (págs. 99 y sigs.).

Como, acertadamente, apuntan los Dres. *Cámara* y *Fernández* en la oración con la que inician el quinto capítulo de la obra, el eje central sobre el que pivota el debate acerca de la prisión permanente revisable no es otro que su constitucionalidad, toda vez que el art. 25.2 de nuestra Norma Suprema compele a que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación y reinserción social de los condenados. Tras adelantar su postura sobre el particular, señalando que «toda prisión perpetua, por mucho que sea revisable, no puede entenderse como orientada a un fin preventivo especial» (pág. 140), los autores proceden, con incuestionable solidez argumental, a exponer, de manera coherente y perfectamente estructurada, las razones jurídicas que fundamentan su posición. Para ello, no solo analizan los casos más relevantes que motivaron algunas trascendentes resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando los arts. 3 y 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (págs. 143 y sigs.), sino también todos y cada uno de los postulados del principio de humanidad de las penas, lo que les permite verificar el difícil acomodo de esta pena a los mismos si nos atenemos a los efectos perniciosos sobre la salud del penado que toda reclusión de larga duración genera. Los principios de legalidad, de igualdad y de reinserción social o resocialización son, así mismo, amplia y certeramente tratados, debiendo destacarse que es precisamente en relación con este último donde el lector ya puede vislumbrar lo que será una constante en el resto de la obra: los profundos y amplios conocimientos de los autores de nuestro sistema penitenciario.

En el ámbito de la ejecución de la pena, la prisión permanente revisable no es más que una prolija sucesión de límites y de períodos mínimos de cumplimiento que afectan a instituciones nucleares, esto es, a pilares básicos sobre los que se cimenta el penitenciarismo patrio. La creciente y, por demás, preocupante tendencia del legislador penal a inmiscuirse en aspectos de la ejecución de la pena que debieran resultarle ajenos se patentiza no solo en la fijación de plazos caprichosos para la concesión de permisos ordinarios de salida sino también en la detracción de competencia resolutoria del Centro Directivo en materia clasificatoria en favor del Tribunal sentenciador. Con

ello, cabe entender que la propuesta de la Junta de Tratamiento ya no debe elevarse al Centro Directivo –contraviniendo, así, lo dispuesto en el art. 106.5 en relación con el 103.4, ambos del Reglamento Penitenciario–, y que los recursos de alzada y reforma que el penado pueda interponer ante una resolución denegatoria ya no lo son ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 76.2.f LOGP) sino ante la propia jurisdicción ordinaria. De este modo, se quiebra no solo la competencia exclusiva de la Administración Penitenciaria para acordar la progresión de grado sino, también, la potestad del citado órgano judicial especializado de conocer sobre clasificación vía recurso. Estos y otros muchos aspectos de hondo calado en la esfera penitenciaria son exquisitamente tratados por los autores en el capítulo seis de su obra, sin que rehúyan en modo alguno el abordaje de los múltiples y espinosos problemas que la regulación de esta pena genera. La normativa atinente a los permisos de salida, al acceso al tercer grado –con su aquí ineludible período de seguridad como compañero de viaje– y a la libertad condicional –desnaturalizada, por cierto, en esta reforma, demostrándose con ello la más absoluta falta de respeto y apego del legislador de 2015 por nuestra tradición jurídica–, es objeto de una especial atención por parte de ambos especialistas, evidenciando, en todo momento, su dominio de la legislación penitenciaria española, de lo manifestado por la doctrina, de la jurisprudencia y de las Circulares e Instrucciones dictadas por el Centro Directivo. Sus observaciones no solo son razonadas sino también razonables. No yerran, pues, cuando constatan que aún cuando los permisos de salida se posibiliten para los condenados a prisión permanente revisable, su concesión no deja de ser algo prácticamente inviable (pág. 189), ni cuando, al hilo de lo manifestado por el Maestro García Valdés, evidencian las notables restricciones implementadas para el acceso al tercer grado y la incoherencia de muchos de los plazos fijados por el legislador en diversos preceptos del Código Penal (págs. 190 y sigs.). Merecen ser destacados el riguroso examen que los Profs. Cámara y Fernández realizan de la regulación de la libertad condicional (págs. 194 y ss.) y su acertada crítica a la novedosa configuración de esta crucial institución como un supuesto más de suspensión de ejecución de la pena, dejando así de ser el último período de condena y, por ende, de computarse el tiempo pasado en libertad de producirse la revocación. Si en 2003 el legislador penal español daba muestras, a nivel punitivo, de cierto afrancesamiento al importar la *période de sûreté* gala, en 2015 vuelve a evidenciar su tradicional y casi obsesiva germanofilia dogmática –ahí sí se constata un respeto a la tradición–, desnaturalizando, por una parte, una institución que, desde 1914, formaba parte de nuestro más apreciado acervo jurídico y, por otra, desconociendo, en el mejor de los casos, que el sistema penitenciario español difiere sustancialmente del teutón.

Los autores dedican el capítulo siete de su monografía a la clasificación y al tratamiento penitenciarios, analizando con brillantez y exponiendo con encomiable claridad los diversos conceptos (separación interior, clasificación y tratamiento, entre otros) y las numerosas normas, tanto de la Ley Penitenciaria como del Reglamento, que regulan estas materias. Conscientes de las

peculiaridades de la prisión permanente revisable, abogan, con acierto, por la implementación de programas específicos de tratamiento que, añadidos a los existentes para el resto de la población reclusa, vayan destinados a la motivación y al estímulo de un penado que deberá afrontar un período particularmente dilatado de reclusión y en el que su salud, en general, y su equilibrio mental y emocional, en particular, pueden verse seriamente comprometidos (pág. 228).

El último capítulo del texto que recensionamos se consagra al sistema de individualización científica y al que el Prof. Fernández Bermejo, en su premiada obra *Individualización científica y tratamiento en prisión* (pág. 492), calificó, con el máximo acierto, de «esperanzador principio de flexibilidad». Consagrado en el art. 100.2 del vigente Reglamento Penitenciario e interpretado y aplicado por el Centro Directivo con una generosidad que denota su talante humanista, este principio supone un paso intermedio del segundo al tercer grado para quienes, de momento, no pueden alcanzarlo con plenitud. Con ello, se dulcifica el rigorismo penal desde la propia Administración Penitenciaria, reforzándose la individualización del tratamiento y mitigándose las severas consecuencias que dimanarían de la aplicación del período de seguridad. Su previsión, fruto de ideas aperturistas y generosas, deja la puerta entreabierta a la concesión de ciertas cotas de libertad y, como certeramente apuntan los autores, a constituir una genuina «vía de escape ante los vaivenes de los cambios políticos» (pág. 239).

Prologada por el director de la brillante trayectoria académica e investigadora de ambos especialistas, esto es, por el Prof. Sanz Delgado, la obra culmina con una exhaustiva y pertinente bibliografía, aportando el broche de oro el Prof. García Valdés, redactor del Epílogo. Esta monografía era necesaria. La excelente formación penitenciaria de quienes la escriben, fruto de su intensa dedicación a la materia y de su privilegiada pertenencia a la Escuela del Maestro García Valdés, se verifica en todos y cada uno de los Capítulos que la componen. El rigor científico, la profundidad de pensamiento, el análisis acerado y el humanitarismo que se destila en cada renglón permite afirmar que con obras y con autores como los Dres. Cámara Arroyo y Fernández Bermejo, el Derecho Penal y el Derecho Penitenciario españoles están de enhorabuena.

FELIPE RENART GARCÍA

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante

Revista de Revistas

CÁMARA ARROYO, Sergio: «Antecedentes históricos del tratamiento penal y penitenciario de la delincuencia juvenil en España», en *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 2, 2016, págs. 16-92.

El profesor de la UNIR, Sergio Cámara, acaba de publicar un rotundo artículo en esta Revista argentina que, de la mano de los Profs. Daniel Cesano y Jorge Núñez, en sus dos únicos números editados, está alcanzando un justo prestigio en nuestra ciencia.

El Dr. Cámara es, en mi criterio, el mejor especialista de la materia en nuestro país. Desde su insuperable tesis doctoral, a la delincuencia juvenil dedicada, su vocación literaria se ha volcado en esta rama del Derecho penal tan escasamente tratada en comparación con otros aspectos de la dogmática e incluso del Derecho penitenciario. Discípulo de mi querido discípulo, el profesor de Alcalá, Enrique Sanz Delgado, aprendió de él el rigor en la investigación y la correcta expresión de cuanto dice.

A partir de la obra reseñada, Sergio Cámara en cuanto escribe ha alcanzado una madurez envidiable y este trabajo es clara prueba de la misma. El repaso del devenir del internamiento de los menores en el Derecho español es excelente. Su extensión viene a demostrar que se está en la cima de la concreta investigación y que la misma es un compendio imprescindible de la importante evolución legislativa al respecto. Un lenguaje castellano claro y accesible nos sirve para acercarnos, a propios y extraños, a este asunto al que ha dedicado tantas horas y publicaciones, con maestría, el autor.

Se remonta el Prof. Cámara a los más remotos antecedentes medievales del tema tratado (págs. 29 y sigs.), con una solvencia extraordinaria y citando los originales pertinentes. Así se va adentrando en la materia hasta alcanzar las primeras instituciones propiamente dedicadas al acogimiento y trato de los menores, como el Padre de Huérfanos o los Toribios sevillanos, hasta desembocar en la figura del Hospicio (págs. 36 y sigs.) que, con esa terminología, perdurará durante décadas, referida a delincuentes y a menores abandonados.

Los establecimientos propiamente penitenciarios del XIX contemplan secciones a esta categoría de internos dedicadas. Desde los arsenales de Marina (págs. 46 y sigs.) la recopilación es completa. El sistema penitenciario nacional se decanta por la separación de esta clase de reclusos, retomando las viejas pero modélicas ideas de Howard. Los «micos» son una realidad en nuestros edificios de pena, reconvertidos los antiguos conventos, almacenes o cuarteles en centros penitenciarios. El poderío económico que exhiben las prisiones norteamericanas es inconcebible en nuestro suelo. Si el hospicio marca nominativamente una larga época, la designación de reformatorio ocupa también un extenso periodo. Todavía, cuando mandé nuestras prisiones, reformatorio de jóvenes se denominaba uno de los establecimientos del complejo madrileño de Carabanchel. Y este sistema es estudiado con solvencia por Sergio Cámara de seguido (págs. 55 y sigs.), centrándose en la gran institución de Alcalá de Henares. Con anterioridad, se ha dedicado a la gran obra de Dorado Montero, acerca del centro elmirano neoyorquino, origen del sistema de reformatorio.

Si en el anterior apartado Sergio Cámara se ha ocupado de la normativa penitenciaria y de su tratamiento del menor infractor, en el siguiente a los Códigos penales y la minoría de edad se refiere el profesor de la UNIR (págs. 59 y sigs.). El examen es total, determinando el límite de la mayoría de edad a efectos penales, es decir de responsabilidad criminal, distinta según cambian los tiempos. Las primeras leyes de los Tribunales Tutelares se analizan finalmente (págs. 69 y sigs.) hasta el momento actual. Acaba el magnífico trabajo del Prof. Cámara Arroyo con un listado bibliográfico de auténtica referencia, imprescindible para conocer y aún profundizar en la temática expuesta.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Alcalá

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

Periodicidad: Anual.

Envío de originales. Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafaal.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

Formato. Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Recensiones. El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

Proceso de admisión y publicación. Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.