

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXI

MMXVIII



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
E IGUALDAD

**BOE** BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

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  
tienda@boe.es

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO LXXI  
MMXVIII**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
E IGUALDAD**  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

**Madrid, 2019**

<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): 043-19-113-5  
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

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José Cerezo Mir  
(Madrid, 17 de abril de 1932-Zaragoza, 19 de julio de 2017)

*Relato personal de un reconfortante viaje en la nave de la Ciencia del Derecho penal, en la grata y enriquecedora compañía de mi ejemplar Maestro\**

## I

Unos días antes de emprender un viaje a varios países de Latinoamérica para desarrollar actividades académicas, concretamente el miércoles día 19 de julio de 2017, en torno a las 9 horas de la mañana, y tal como lo había planeado el día anterior, me disponía a salir de mi casa en la localidad zaragozana de María de Huerva en que resido, para recorrer los 14 km. que la distancian de la ciudad de Zaragoza. Mi propósito era llegar a la residencia en que se hospedaba mi Maestro, el excelso Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José Cerezo Mir, para visitarlo y acompañarlo durante unos momentos, como venía haciéndolo con cierta regularidad desde el comienzo de su estancia en dicha residencia, y ya antes lo hacía cuando él residía en su domicilio de Madrid aunque, debido a la distancia, con menor frecuencia. Pero contra lo previsto y deseado por mí, infortunadamente, nada de eso pudo tener lugar. A la hora indicada de aquel funesto día recibí una llamada de mi discípulo, colega y amigo Miguel Ángel Boldova Pasamar, cuyo motivo era comunicarme la fatídica y amarga noticia de que en el transcurso de la noche de aquel día siniestro, había tenido lugar de un

---

\* Abreviaturas se aparecen en el escrito: *ADPCP* = Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP* = Revista Actualidad penal; *CPC* = Cuadernos de Política Criminal; *FICP* = Fundación internacional de Ciencias penales; *RDPC* = Revista de Derecho penal y Criminología; *RECPC* = Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología de la Universidad de Granada; *REP* = Revista de Estudios penitenciarios; *RGLJ* = Revista General de Legislación y Jurisprudencia; *ZStW* = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

modo totalmente inesperado el fallecimiento del Maestro; sin más detalle, porque en ese primer momento Miguel Ángel no tenía ninguna información más precisa sobre la causa y el modo de haberse producido tan luctuosa y desconsoladora ocurrencia de un destino caprichoso que tan pronto nos proporciona alegrías como nos arrebató a seres queridos que están en el centro de nuestras vidas; una noticia cuya veracidad quise negar al escucharla, pero que tuve que aceptar de inmediato ante la inexorable realidad que me turbó y conmocionó hasta sentir el insufrible dolor propio de un desgarramiento del corazón y del espíritu. Ya avanzado el día, supe primero que el óbito de mi querido gran Maestro había ocurrido repentinamente, y luego que el funeral para despedirlo para siempre tendría lugar en la mañana del día siguiente en el cementerio zaragozano de Torrero. A mi llegada al velatorio, primero unos abrazos con lágrimas a sus tres desconsoladas hijas –Ana Bella, María y Eva–, que tanto lo amaron y de quienes él tan orgulloso estaba; y a continuación, al verle por última vez ya *corpore insepulto*, más lágrimas motivadas por el óbito y la despedida inevitables del Maestro que generosamente tanto me dio y a quien estuve tan fiel y estrechamente ligado en tantas cosas y vivencias compartidas, quien se iba para siempre y, en adelante, ya solo se haría presente en mi recuerdo del largo y para mí tan enriquecedor y fructífero como inolvidable curso del viaje que tuve el gran y honroso privilegio de realizar en su grata compañía; al menos, me quedan como consuelo mis vivencias compartidas con él, que me hicieron sentir en todo momento que su espléndida y fructífera vida transcurrió en todas las dimensiones con muchísima más dicha que infortunio, y también que, siendo la muerte inevitable, la suya no fuera el final de ningún proceso vital traumático ni con doloroso sufrimiento.

Los hitos más significativos de la biografía científica y académica de mi Maestro José Cerezo, así como relevantes aspectos o dimensiones de su noble y caballeroso talante, y de sus exquisitos gustos y aficiones personales, son suficientemente conocidos, pues aparte de que él mismo habló de ellos en algunas entrevistas publicadas en medios científicos (1), los mismos fueron objeto de una detallada descripción en la semblanza personal, académica y científica de él que escribimos sus discípulos editores del libro homenaje que le ofrecimos en el

---

(1) Véase la entrevista hecha a Cerezo por Jesús BARQUÍN en 2001, publicada en RECPC 03-c3 (2001), [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-c3.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-c3.html); y la efectuada en 2005 por la dirección de la *Revista de Derecho penal y Criminología* de la Universidad Externado de Colombia, publicada en el n.º 77 de 2005 de dicha revista, pp. 23-41, y que puede descargarse, por ejemplo, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319421>.

año 2002 con motivo de su septuagésimo cumpleaños y jubilación (2); y en los momentos inmediatamente posteriores a su fallecimiento se han publicado en diversos medios por nosotros mismos, y también por otros colegas y amigos estrechamente relacionados con él, obituarios en que se han descrito y destacado más hechos y aspectos de él como persona y como científico (3). Poco sentido tendría, pues, repetir aquí en sus mismos o similares términos descriptivos una semblanza retrospectiva del Maestro que ya es suficientemente conocida. Por esto, lo que ahora me parece más adecuado y oportuno –y así quiero hacerlo– es ensalzar algunas de las dimensiones más significativas de su figura desde mi sentimiento personal y, por ende, desde la perspectiva y en el marco y recuerdo de la estrecha relación personal y científica, y de las vivencias compartidas con él a lo largo del tiempo en su grata y generosa compañía, que permanentemente afloran –ahora con nostalgia– a mi memoria y a mis sentimientos desde la profunda huella que dejaron en mi ser como universitario y jurista científico y, más allá de esto, como persona.

## II

El primer recuerdo sensible que tengo del Maestro lo representa la gran impresión que me produjo escucharle el día que le conocí, que fue simplemente la propia de la fascinación que suele provocar lo auténtico y a la vez sublime. Fue uno de los primeros días del mes de septiembre de 1974. Por circunstancias desfavorables en que se vio envuelta mi familia en aquel tiempo –mi padre tenía con otro una

---

(2) Véase Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*; Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. XV a XXII.

(3) Véanse los obituarios de E. Gimbernat Ordeig, «In memoriam. José Cerezo Mir. Un gran maestro de penalistas», en *El Mundo*. Miércoles 26 de julio de 2017, p. 52; J. L. Díez Ripollés y C. Romeo Casabona, «In memoriam. José Cerezo Mir, Catedrático de Derecho penal», en *El País*. 26 de julio de 2017; L. Gracia/J. F. Higuera/M. A. Boldova, «José Cerezo Mir. In memoriam», en *Heraldo de Aragón*. Jueves 27 de julio de 2017, p. 57; la detallada narración personal de D. M. Luzón Peña, «Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Don José Cerezo Mir *in memoriam*. Semblanza personal», en Foro FICP-Tribuna y Boletín de la FICP ([www.ficp.es](http://www.ficp.es)), N.º 2017-2 (septiembre), pp. 8 a 28; la nota necrológica de José Luis Díez Ripollés, «*In Memoriam*. Profesor Dr. D. José Cerezo Mir», en *CPC* n.º 123, 2017, pp. 353 ss.; y la breve nota de Fernando Guanarreme Sánchez Lázaro, «Nachruf auf Cerezo Mir», en *ZStW* (129) 2017, pp. 909 s. También dieron noticia del óbito muchas revistas y lugares online de Latinoamérica.



pequeña empresa, pero el socio, con sus engaños y desfalcos, nos dejó en ruina total–, y siendo yo consciente de la que se avecinaba, muy a mi pesar tomé la decisión de buscar un trabajo para el inmediato porvenir, y por eso renuncié a presentarme al examen de selectividad en la convocatoria de junio de aquel año. Mas como, dichosamente, durante el verano del mismo año tuvimos un cierto golpe de fortuna –a mi buen padre le ofrecieron un trabajo aceptablemente remunerado que aceptó sin pensarlo dos veces–, a la vista de que el futuro se vislumbraba hasta cierto punto sin demasiadas angosturas, y animado por mis padres, me decidí a estudiar la carrera de Derecho y me presenté al examen de selectividad en la convocatoria de septiembre de 1974. En aquella época, la primera prueba de dicho examen consistía en escuchar una conferencia –quizá mejor: una clase magistral– sobre alguna materia de la carrera solicitada por los aspirantes, tomar notas y, finalmente, redactar un texto ordenado y lo más completo posible sobre lo expuesto por el profesor que había pronunciado el discurso magistral. En tal ocasión, el destino quiso que el encargado de dictar la clase magistral fuera el Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza, quien disertó en la que era a la sazón el Aula Magna de la antigua Facultad de Medicina –hoy el Paraninfo de la Universidad–, sobre el nacimiento del Derecho penal moderno, y expuso de un modo profundo y brillante, primero todos los puntos arquimédicos del ideario y pensamiento ilustrados –con sus antecedentes históricos–, y a continuación cómo derivaron estos al Derecho penal por medio de las obras de Beccaria y Lardizábal, y cómo el pensamiento y las propuestas de estos, sobre todo los del primero, hallaron eco y se extendieron por toda Europa para sepultar –tras vencer algunas resistencias– al atroz sistema penal del *Ancien Régime*. Así fue mi primer encuentro con la figura de Cerezo, que en las circunstancias de aquel momento fue, lógicamente, totalmente anónimo, y ciertamente me resultaron fascinantes tanto el discurso que pronunció como el modo entusiasta y la forma clara y brillante en que lo expuso. En verdad, salí totalmente deslumbrado de su lección magistral. Era la primera vez que escuchaba un discurso ordenado sobre el poder punitivo y el Derecho que lo regula y limita. Por supuesto que el fondo del discurso me resultó sumamente interesante en sí mismo, pero en verdad, este resultado no se puede desligar de quien estaba exponiéndolo y explicando sus objetos y enunciados de un modo tan sabio, apasionado y, en definitiva, deslumbrante en sumo grado. Fue aquel un exponente claro y paradigmático del hecho cierto de que, a menudo, el interés, entusiasmo y vocación por una determinada materia los despierta y fomenta de un modo notable la

persona que habla de ella y la explica a los demás. El frontispicio así descrito de la carrera que me disponía a cursar no pudo haber sido más soberbio y cautivador, pero en aquel momento no me podía imaginar ni remotamente lo que el destino me iba a deparar al traspasarlo para acceder a la nave de la Facultad de Derecho de Zaragoza e iniciar en ella el curso de la carrera.

Tuve la gran suerte de cursar la Licenciatura en Derecho en los momentos álgidos y de mayor esplendor histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, de la cual se decía entonces con todo fundamento y razón que era, si no la mejor, sin duda sí una de las mejores del país. Con las excepciones que hay en todos los lugares en que las personas desarrollan actividades comparables, el elenco de Catedráticos que confluyeron en la Facultad zaragozana en aquella época merece ser destacado y reconocido como una pléyade de universitarios del más alto nivel intelectual y científico en la Ciencia jurídica contemporánea, y entre ellos se encontraba Cerezo, quien había accedido a la Cátedra de Derecho penal en 1970 tras su paso durante algo más de un curso por la Universidad de Valencia como Profesor Agregado. En efecto, en la década de los 70 del siglo pasado se incorporaron al claustro de profesores de la Facultad de Derecho zaragozana como catedráticos de las diversas disciplinas jurídicas, eminentes investigadores y docentes que se habían formado en Alemania o Italia, y tenían una admirable vocación universitaria que les empujaba a dedicarse por completo y en exclusiva a la vida académica, gracias a lo cual cambiaron radicalmente el rumbo de la Facultad en dirección a la excelencia docente e investigadora.

Uno de aquellos rigurosos y brillantes catedráticos fue el Prof. Dr. D. Juan José Gil Cremades, quien se había formado con Engisch en Alemania, y se incorporó a la Cátedra de Derecho natural y Filosofía del Derecho justo en el curso 1974-75 en que yo comenzaba la carrera. Para la parte del programa de la asignatura de Derecho natural, de primer curso, dedicada a la Historia de los contenidos materiales de la idea de justicia, Gil Cremades nos recomendó como libro de texto la magnífica traducción del *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, de Hans Welzel, debida a Felipe González Vicén y publicada por este con el título de Introducción a la Filosofía del Derecho. El estudio de tan monumental texto fue para mí realmente impactante; en primera instancia, no por las ideas y conceptos que pude asimilar de lo expuesto por Welzel, que en aquel momento inicial, lógicamente, fueron realmente muy pocos, y aun así sin captar el verdadero alcance y la gran trascendencia de los que sí creía comprender, sino más bien por los interrogantes y enigmas que dejaban en mi mente los numerosos pro-

blemas que no lograba entender, lo cual, en principio, representaba para mí una frustración, si bien momentánea, porque esta, más que hundirme en un abismo y llevarme al abatimiento, me espoleaba a estudiar para tratar de descifrar aquellos interrogantes y enigmas y poder comprender lo que había detrás de ellos. Aún a fecha de hoy releo con una frecuencia inusitada pasajes de este genial libro de Welzel, al cual tengo desde hace tiempo como un texto fundamental del finalismo desde los puntos de vista epistemológico, ético, político, y jurídico, y al ejemplar que utilicé como texto para la asignatura de Derecho natural llegué a ponerlo con el tiempo en tal estado de deterioro físico por su reiterado uso, y por la acumulación de numerosos subrayados y anotaciones que iba haciendo sobre sus páginas, que en un momento determinado tuve que sustituirlo por otro nuevo, aunque por supuesto sin desprenderme de ese valioso primer ejemplar al que recurro de vez en cuando para consultar mis anotaciones y subrayados hechos en trazos y colores diversos a lo largo del tiempo.

Si he narrado aquí esta pequeña historia de mi comienzo, es porque tiene mucho que ver con lo que ocurrió después a partir del curso siguiente de 1975-76, en que con la mejor de todas las fortunas, me iba a convertir en alumno de Cerezo, y a iniciar con él una relación que perduró y transcurrió siempre con un profundo afecto, con el mejor entendimiento mutuo y en total armonía hasta el fatídico día en que el caprichoso destino nos arrebató al insigne Maestro para siempre; una relación en la cual crecí y me desarrollé como jurista y persona junto a él espoleado por sus siempre valiosas enseñanzas, sus sabios y estimulantes consejos, y por el afecto que siempre manifesté hacia mí como discípulo y amigo. En efecto, una de las asignaturas del Segundo curso de la Licenciatura en Derecho del añorado Plan del 53, que fue el que yo cursé, era Derecho penal I, Parte General, y fue Cerezo quien se encargó de impartirla como titular de la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza. Ya durante el primer curso se había despertado en mí una gran expectativa sobre el advenimiento de ese momento, pues cuando me cruzaba con Cerezo por los pasillos de la Facultad –quien por cierto, con su rebosante caballerosidad, saludaba sonriente a todo estudiante que pasaba por su lado–, me venía de inmediato a la cabeza el recuerdo de aquella brillante lección magistral suya que había escuchado en la prueba de selectividad a que antes me he referido, y por otra parte, de vez en cuando, escuchaba de las bocas de alumnos de cursos superiores grandes elogios y alabanzas acerca de sus modos de impartir las clases, referidos no solo a la profundidad y rigor con que explicaba los contenidos de la disciplina, sino también a la manera clara y entusiasta en que lo hacía; también

escuchaba que Cerezo era finalista y explicaba las teorías de Welzel, cuyo libro, como he dicho, tanto me estaba impactando durante el curso de la asignatura de Derecho natural.

Todo eso comencé a vivirlo ya como una realidad desde la primera lección impartida a mi curso por Cerezo a comienzos del mes de octubre de 1975, y mi vivencia personal me hizo ver que aquello de lo que hasta ese momento tenía noticia solo de oídas, no solo era totalmente cierto, sino que más bien se quedaba corto, porque no hacía verdadera justicia a una realidad que desbordaba en mucho a lo que hasta ese momento yo meramente había escuchado sobre él en el ambiente de la Facultad, pues sus explicaciones en vivo, tal como yo las viví y sentí, rezumaban, además de gran sabiduría, el goce y satisfacción que proporciona a su agente el ejercicio de una actividad sentida por él como una algo así como existencialmente consubstancial a su ser e inescindible de este. Cerezo fue un gran docente y deslumbrante comunicador del conocimiento, y no solamente por la fluidez y precisa claridad de su verbo, sino también porque con su escenificación gestual –siempre impartía las clases de pie y dando cortos paseos por el entarimado–, reproducía y mostraba de un modo casi físico y gráfico la substancia y ubicación espacial de los conceptos que explicaba. Nunca olvidaré cómo para describir la estructura del tipo subjetivo de los delitos dolosos, al mismo tiempo que la verbalizaba, disponía sus dos manos en el espacio de tal modo que hacía surgir en la mente del oyente una representación imaginaria de aquella estructura como si fuera un sistema planetario en que el dolo ocupaba el foco de la elipse y los restantes elementos subjetivos de lo injusto se mostraban orbitando a su alrededor. Ni olvidaré tampoco algunos de los ejemplos con que ilustraba el concepto de error sobre un elemento del tipo, con cuya descripción verbal y gestual llevaba a la mente del oyente la representación física y animada del cazador que yerra sobre la presencia de una presa de caza detrás del matorral y dispara contra otro cazador que realmente se encontraba allí en lugar de la presa erróneamente imaginada por él. Ni, en fin, y por poner otro momento inolvidable más de su excelente ejercicio docente, cuando para demostrar que la resolución delictiva, es decir, el dolo, tiene que ser un elemento subjetivo del tipo de la tentativa, ponía el ejemplo –propuesto por Engisch– del individuo que en un restaurante ha colgado su viejo y deteriorado abrigo en una percha, y habiendo observado que luego otro ha colgado el suyo nuevo encima de aquel, piensa en apropiárselo y, en el caso de ser descubierto, decir que lo único que hace es descolgar ese abrigo nuevo para poder recoger el suyo que está debajo; «detengamos la acción de este individuo»– decía Cerezo– «justo en el momento en

que descuelga el abrigo ajeno y lo toma en sus manos: si la contemplamos en su mera apariencia objetiva externa» –continuaba– «aquí no veremos nada más que un hecho que se repite cotidianamente en la mayoría de los restaurantes; pero si ahora hacemos uso de la ‘moviola’ y lo retrotraemos al momento inicial en que el individuo tomó la resolución de apropiarse del abrigo ajeno» –concluía– «entonces, si contemplamos el sentido de dicha resolución, no hay ni puede haber ninguna duda de que el hecho es constitutivo de una tentativa de hurto, y por lo tanto, la resolución delictiva tiene que ser por fuerza un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa de delito». Cuando recuerdo las excelentes dotes y prácticas docentes de Cerezo y la profundidad de los conocimientos que transmitía con ellas –y por supuesto también las de otros grandes profesores de quienes tuve el privilegio de recibir sus enseñanzas–, me pregunto con gran indignación por qué hoy toleramos y, aceptándolo *de facto*, hasta nos dejamos humillar por el detritus de esos impúdicos y obscenos pedagogos absolutamente incultos –como los describe mi apreciado y admirado colega y amigo Juan Antonio García Amado con la precisión que reproduce con la mayor exactitud la naturaleza de la cosa de la que se habla–, que amparados por fuerzas oscuras y perversas han logrado meter en la Universidad toda una estulticia de prácticas docentes cuyo resultado no es ni podría ser otro que el de una completa infantilización de la enseñanza superior con la consiguiente merma del tiempo de investigación del profesor universitario.

Al finalizar el segundo curso de la Licenciatura en Derecho, todo había quedado ya dispuesto para mi futuro: mi destino ya no podía ser otro que mi dedicación exclusiva a la Ciencia del Derecho penal en el ámbito académico, y mi deseo y esperanza, llegar a ser algún día como el hombre tan admirable que, por lo dicho, ya había trazado y fijado mi horizonte vital de un modo irreversible. Acabé aquel curso con la arquitectura del sistema finalista en mi cabeza, pero también con las debilidades que le atribuían los penalistas no finalistas, que Cerezo explicaba con detalle antes de exponer sus propios criterios para tratar de refutar los argumentos críticos de aquellos. Muy particularmente me iban impactando las críticas formuladas al finalismo, entre otros, por Gimbernat, que Cerezo exponía detalladamente y dejando entrever siempre que aquel era un verdadero gigante de la Ciencia del Derecho penal, hasta el punto de despertar en el oyente una fundada admiración a Gimbernat por sus brillantes y sólidos razonamientos críticos y creaciones conceptuales originales. La semana anterior a la santa del año 1976 habíamos realizado en mi curso el examen parcial de la Parte General –el con-

cepto de medidas de seguridad, la teoría de la equivalencia de las condiciones, y el concepto de autor en el Código penal español, fueron las tres preguntas propuestas por Cerezo—, y después del examen me detuve en la Librería General de Zaragoza, que estaba de paso hacia mi casa. Como si el destino lo hubiera dispuesto para mí, en la estantería de Derecho penal se encontraban, como esperándome, un ejemplar de la traducción al español del Manual de Welzel por Juan Bustos y Sergio Yáñez, y otro del Autor y cómplice de Enrique Gimbernat, que estuve ojeando durante un buen rato, y si bien, como lo hubiera deseado, no pude comprarlos en aquel mismo momento, porque no me alcanzaba el dinero que llevaba conmigo, sí lo hice a la mañana del día siguiente, y dediqué el tiempo de las vacaciones de aquella semana santa a leerlos de cabo a rabo con todo detenimiento. Entre otros goces, releí varias veces con fruición y avidez la genial teoría de los bienes escasos de Gimbernat, que tanto me había fascinado cuando Cerezo la expuso en una clase. La primera mañana de la reanudación del periodo lectivo, tras la clase de Cerezo, fui a verle con motivo de que me explicara con más detalle de lo que lo había hecho en las clases, cuáles eran las razones por las que él consideraba que el concepto de autor había que deducirlo del art. 14.1.º del Código entonces vigente, y no directamente de los tipos de la Parte Especial como sostenía Gimbernat, y aunque me dio las explicaciones pertinentes, lo cierto es que no quedé convencido del todo y más bien me inclinaba por la tesis de Gimbernat, que con el tiempo asumí como la correcta y así la tengo hoy como tal. También hablamos sobre su rechazo del argumento ontológico con que Welzel derivaba la necesaria pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos, y ya en aquella primera conversación le manifesté mi decidido interés en dedicarme al Derecho penal en el plano académico, a lo cual me respondió que le parecía bien y en principio estaría dispuesto a abrirme el camino, pero que ya hablaríamos de ello cuando llegase el momento oportuno, pues a lo que debía dedicarme actualmente ante todo era, lógicamente, a cursar y terminar la carrera con las mejores calificaciones posibles. También me elogió y felicitó por mi examen parcial, que había calificado con un 9.5, con lo cual me hizo sentir henchido de satisfacción y reforzó aún más mi ánimo decidido a seguir el destino que me había puesto ya ante el camino a seguir hacia la meta anhelada.

Al finalizar aquel segundo curso en junio de 1976, y habiendo obtenido en la Parte General la calificación de Matrícula de Honor, fui a visitar a Cerezo a su despacho de la Facultad para pedirle que me recomendara alguna lectura que considerara adecuada para el trans-

curso del verano que comenzaba. Estuvimos conversando durante algunos minutos, yo situado de frente a su escritorio contemplando los dos retratos que colgaban en la pared situada tras el sillón de Cerezo. Le pregunté por los retratos y me dijo que eran Welzel y Antón Oneca, sus maestros alemán y español respectivamente, a quienes tanto y con tanta admiración había citado durante el curso en sus clases, a veces para discrepar de sus tesis. Durante la conversación, se interesó acerca de cómo me había ido en las demás asignaturas y, sin dejar de recordarme que tratara de hacer la mejor carrera posible, ya me aleccionó sobre que si mi propósito era hacer carrera académica en la Ciencia del Derecho penal debía plantearme aprender alemán desde ya mismo, y como lecturas iniciales para el verano, que yo le había solicitado, y habiéndole ya informado de que tenía en mi poder y había leído la traducción del Manual de Welzel durante la semana santa, me prestó de la biblioteca del área un ejemplar de su propia traducción con notas suyas de El nuevo sistema del Derecho penal de Welzel, los dos tomos de la traducción del Maurach, debida a Córdoba Roda y glosada por este con unas magníficas notas suyas sobre Derecho español, y también un ejemplar de La doctrina de la acción finalista, de Rodríguez Muñoz, que me recomendó leyera después de los anteriores, y así lo hice durante aquel verano.

Al terminar el tercer curso en junio de 1977, y habiendo obtenido la calificación de Matrícula de Honor en la Parte Especial, de nuevo fui a visitar a Cerezo para confirmarle mi persistencia en dedicarme al Derecho penal en el plano académico, a lo cual me respondió que se alegraba y ya solo cabía esperar a que transcurrieran los dos cursos que aún quedaban por delante para terminar la carrera. Durante aquel tercer curso había ido varias veces a la biblioteca del área a buscar libros en préstamo, y comencé a relacionarme con Carlos Romeo Casabona, José Luis Díez Ripollés y Juan Felipe Higuera, quienes ya eran ayudantes de Cerezo en fase de formación y en curso de realización de sus tesis doctorales, y me acogieron con gran gentileza y amabilidad dándome consejos para cuando llegara el momento de mi incorporación a la Cátedra de Cerezo. En aquella época, los miércoles por la tarde tenían lugar las clases prácticas de Parte Especial, y cada martes, a última hora de la tarde, Cerezo y su equipo de profesores ayudantes celebraban una reunión para analizar el caso práctico de la semana y debatirlo. Iniciándose el curso 1977-78 en que comenzaba para mí el cuarto de la licenciatura, y habiendo ya dejado de ser alumno de Derecho penal, fui a ver a Cerezo para informarle de mi estancia –que él ya sabía que yo había hecho– durante el mes de agosto en la Universidad de Friburgo, donde había realizado un curso

de verano de lengua alemana junto con mi compañero de curso Juan Pemán Gavín, que también quería hacer carrera académica en Derecho administrativo y hoy es catedrático de la disciplina en Zaragoza tras haber pasado unos años con ese rango en la Universidad de Lérida. Durante aquella conversación pude comprobar que Cerezo ya daba por hecho que en cuanto yo terminase la carrera me iba a incorporar a su Cátedra como discípulo suyo para hacer carrera docente y científica bajo su tutela y guiado por su magisterio. Para que me fuera fogueando e integrando, me permitió que asistiera a las reuniones de los martes en que se comentaba y debatía el caso práctico de la semana. También me informó de la existencia de unas becas del DAAD para realizar cursos de verano de lengua alemana en Institutos Goethe en Alemania, y me manifestó su completa disposición a apoyar la solicitud de una por mí cuando se publicara la convocatoria de aquel año. Y así lo hizo. Cuando se convocaron las becas para el verano de 1978, habló con sus contactos para informarles de que un discípulo suyo iba a solicitar una, y en particular escribió una elogiosa carta sobre mi persona a la Sra. Condesa de Herbestein, que tenía y desempeñaba un cargo en la Embajada alemana en Madrid relacionado con los asuntos académicos y de becas, y con quien él y su esposa Bella tenían una relación de amistad desde los tiempos de su estancia en Bonn; una carta de recomendación que yo mismo entregué personalmente a la Sra. Condesa en la Embajada alemana, la cual me recibió con gran amabilidad y se deshizo en elogios y alabanzas a la persona de Cerezo, enfatizando su generosa disposición y dedicación a apoyar a sus discípulos.

A pesar de aquella elogiosa recomendación de Cerezo, no hubo suerte y no fui seleccionado para la Beca del DAAD solicitada, pero esto no nos extrañó. Al fin y al cabo, yo aún era un estudiante en cuarto curso, y parecía lógico que la selección se inclinara a favor de solicitantes que ya habían terminado sus carreras y se iniciaban o se habían iniciado ya en su formación investigadora. Mi futuro inmediato no era muy propicio para realizar un curso de lengua alemana de cierta intensidad antes de incorporarme como ayudante a la Cátedra de Cerezo e iniciar mi tesis doctoral, pues aún tenía por delante, por un lado, el último curso de la carrera, y por otro, al término de este, el cumplimiento del servicio militar, a la sazón obligatorio en nuestro país. Por esta razón, me vino a la cabeza la idea de realizar un curso Goethe de inmediato aunque fuera a costa de perder algún periodo lectivo del quinto curso de la licenciatura. Lógicamente, antes de tomar la decisión en firme lo consulté con Cerezo, quien con la prudencia que le caracterizaba me dijo que ponderase bien los pros y los



contras, pero que en principio, le parecía bien siempre que yo me viera con suficiente capacidad para recuperar a mi regreso el tiempo lectivo perdido y superar en junio todas las asignaturas de quinto con las mejores calificaciones posibles. De este modo, tras llevar a cabo aquella ponderación, y gracias al generoso apoyo económico de mis padres, me decidí por inscribirme en un curso de alemán en el Goethe Institut de la localidad alemana de Staufen, próxima a Friburgo, que realicé en efecto entre el 2 de octubre y el 29 de noviembre de 1978 con todo éxito. En una primera carta que me escribió Cerezo a Staufen en el transcurso de ese tiempo, me comunicó que había pensado en un posible tema de tesis doctoral para mí, y me sugería como tal la exigente de estado de necesidad, explicándome las razones por las que consideraba que era preciso revisar la interpretación de la misma por la doctrina dominante, y que, por eso, podía ser un tema adecuado para una tesis doctoral. En una segunda carta me anunció que iba a estar con su esposa en Friburgo desde el domingo día 22 hasta el jueves 26 de octubre para asistir al acto de inauguración del nuevo edificio del Max Plank Institut, y me sugería que pudiéramos encontrarnos allí si mi agenda en el Goethe Institut me lo permitía. Sin dudarle, me desplazé desde Staufen a Freiburg para encontrarme con él. Fui a buscarle al hotel Am Rathaus, en la Rathausgasse, en que se alojaba, y allí me presentó a Bella como su discípulo en ciernes. Luego le acompañé caminando y charlando desde el hotel hasta el nuevo Max Planck Institut, y allí me presentó como su discípulo más joven, entre otros, a Jescheck, a quien le dije que era una lástima que no llevara conmigo su Tratado, que había adquirido unos días antes en la Herder Buchhandlung de la Kaiser-Joseph-Str. de Freiburg, para que me lo dedicara, a lo cual Jescheck me respondió muy amablemente que siendo discípulo de Cerezo, si lo deseaba podía solicitar a su secretaria una cita para una Sprechstunde en su despacho del Max Planck y me firmaría encantado el Tratado, lo cual hice de muy buena gana, y por esto tengo la 3.<sup>a</sup> edición del Lehrbuch de Jescheck dedicada y firmada por él en fecha de 21 de noviembre de 1978, el mismo año en que había sido publicada: «Herrn Luis Gracia Martín mit guten Wünschen für das Studium des deutschen Strafrechts». Como se puede suponer todo esto fue para mí, *sic et simpliciter*, fascinante.

Superado el quinto curso de la licenciatura en Derecho con todo éxito en el mes de junio de 1979, quedaba ya expedito el camino para incorporarme formalmente a la Cátedra de Cerezo como su ayudante y discípulo e iniciar mi carrera académica junto a él guiado por su magisterio. No obstante, quedaba el escollo del servicio militar, el cual tenía que iniciar incorporándome en octubre de 1979 a la Acade-

mia del Ejército del Aire de San Javier como, según se denominaba entonces, caballero alumno de IMEC, y cumplir a partir de entonces 15 meses de servicio hasta enero de 1981. Puesto que tras el periodo de instrucción en la Academia, a partir de enero de 1980 fui destinado a la Base Aérea de Zaragoza para permanecer aquí hasta el licenciamiento, y solo cumpliría servicio por las mañanas, cuando Cerezo supo la noticia no dudó ni un instante en pedir una audiencia con el Rector de la Universidad de Zaragoza para explicarle mi situación, y así consiguió que se dotara una plaza de ayudante de clases prácticas en régimen de dedicación a tiempo parcial y que yo fuera contratado para cubrirla. De este modo, con la inestimable ayuda del Maestro, todo había comenzado conforme a lo deseado y planeado por mí desde aquel lejano curso de 1975-76 en que había quedado tan deslumbrado y fascinado por el magistral curso de Parte General que tuve el privilegio de seguir como alumno suyo.

Así pues, a principios de 1980, incorporado ya a la Cátedra de Cerezo como su ayudante, comencé mi carrera académica realizando las tareas propias del puesto, impartiendo clases prácticas de Parte Especial a un grupo de alumnos de tercer curso, y dando principio a lecturas generales y al acopio de materiales sobre el estado de necesidad, que conforme a lo acordado con Cerezo iba a ser el tema de mi tesis doctoral, el cual, sin embargo, no llegué a desarrollar porque ambos vimos muy pronto que, por motivos coyunturales y de oportunidad, era muy conveniente cambiar a otro tema y dejar el estado de necesidad para una futura investigación postdoctoral. En efecto, en aquel año académico de 1979-80, Cerezo impartió un curso de doctorado en que yo, como era obligado y lógico, estaba matriculado como doctorando. La temática del curso era el Proyecto de Código penal de 1980, y su desarrollo consistía en llevar a cabo por los alumnos una investigación sobre algún aspecto concreto del Proyecto y exponer los resultados en las correspondientes sesiones de seminario. Uno de los temas concretos que había seleccionado Cerezo como objeto de investigación fue el relativo a la figura de actuar en lugar de otro que incorporaba el art. 35 del Proyecto, y este fue el tema que yo elegí sin pensármelo dos veces, primero porque se trataba de una auténtica novedad en nuestra legislación penal, pero sobre todo porque ya desde mi tiempo de estudiante de la Parte General, me habían resultado especialmente interesantes las cuestiones de autoría y participación, y muy particularmente me fascinaron los sólidos y brillantes razonamientos y argumentos de Enrique Gimbernat respecto de los problemas de participación en delitos especiales, expuestos en su Autor y cómplice que, como dije antes, yo había leído en la semana santa

de 1976. Así pues, comencé a leer la bibliografía alemana existente sobre el actuar en lugar de otro –la española era prácticamente inexistente, pues de hecho se limitaba a una magnífica recensión de Muñoz Conde al libro de Blauth y a unas breves referencias al problema en algunas monografías–, y a elaborar la ponencia que tenía que presentar y exponer en el seminario del curso de doctorado. Conforme iba avanzando en la elaboración de dicha ponencia, mi entusiasmo por el tema crecía, y lo cierto fue que el resultado final fue altamente gratificante y satisfactorio, hasta el punto de que Cerezo, tras leer y corregir el texto que yo había redactado, e inmediatamente después de la larga sesión de seminario en que llevé a cabo su exposición oral y en que se debatió su contenido, me felicitó muy efusivamente diciéndome que había hecho una investigación magnífica, y con su siempre acertada y sabia clarividencia me sugirió que hiciera del actuar en lugar de otro el tema de la tesis doctoral y dejara al estado de necesidad para una investigación futura. Y no pudieron ser más acertadas tanto la sugerencia de Cerezo como mi decisión de guiarme por ella.

En noviembre de 1984 terminé la tesis doctoral y mi Maestro, cumpliendo el rito ceremonial con que solemnizaba siempre el feliz momento en que un discípulo suyo había terminado su tesis doctoral, me acompañó a las diversas dependencias de la Administración universitaria para realizar los trámites procedimentales del depósito de la tesis, y finalmente a depositar físicamente en la mesa de la Sala de Profesores de la Facultad el ejemplar de la misma que, junto con su informe como director, favorable a su lectura y defensa, como era preceptivo en aquel momento, debía estar en exposición pública durante 15 días. El 14 de diciembre de 1984 leí y defendí mi tesis doctoral sobre el actuar en lugar de otro ante un Tribunal de lujo, presidido por el mismo Cerezo –entonces los directores de las tesis hacían en los Tribunales las veces de ponentes–, y del que formaron parte además Enrique Gimbernat, Ángel Torío, Miguel Bajo y Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona, quienes la calificaron con Sobresaliente *cum laude*, y luego fue galardonada con el Premio Extraordinario de doctorado de aquel curso académico. Me constan los elogios a mi persona y la valoración como excelente de mi tesis que expuso Cerezo en la Comisión de premio extraordinario como avales para que me fuera concedido, y bien que lo logró. Fue realmente encomiable la tarea de dirección de la tesis que desempeñó Cerezo en todos los aspectos y dimensiones, en el científico por supuesto, pero también en el del apoyo personal y espiritual. Aunque tuvimos alguna discrepancia de criterio en algunas cuestiones dogmáticas –pues yo ya estaba escorado hacia el finalismo ortodoxo welzeliano respecto del que él mantenía una relativa distan-

cia–, en todo momento respetó mi postura calificándola como «defendible», y al final de su carta de 27 de agosto de 1984, en que me formulaba las observaciones finales a la tesis tras la lectura completa de su texto, se despedía con el siguiente alentador juicio: «es una tesis extraordinaria». En 1985 publiqué un primer tomo de mi tesis sobre la teoría general del actuar en lugar de otro, con un elogioso prólogo de mi Maestro; en 1986 un segundo tomo sobre la regulación específica de la figura en el art. 15 bis del anterior Código penal; y dado que dicha figura afecta en primera instancia esencialmente a la tipicidad y a la autoría de los delitos especiales, pero luego produce efectos colaterales en la antijuridicidad y en la culpabilidad, e incluso en las consecuencias jurídicas aplicables, en el mismo año de 1986 publiqué una monografía complementaria sobre el que llamé «delito integrado de la actuación en lugar de otro», que volvió a prologar espléndidamente mi Maestro, y a quien se la dediqué con todo mi afecto y sentimiento de admiración, y en agradecimiento al sabio y riguroso desempeño de su magisterio para conmigo y a la desbordante generosidad con que me apoyó en todo desde el primer día.

Con motivo del IV Centenario de la Universidad de Zaragoza en el año 1983, las autoridades académicas de esta ofrecieron a todas las Facultades la posibilidad de proponer a figuras destacadas de sus respectivas Ciencias para ser investidos como doctores *honoris causa*, y Cerezo propuso al efecto con todo éxito a Armin Kaufmann, quien apadrinado por él, fue investido como tal en la gran ceremonia celebrada al efecto en el Paraninfo de la Universidad. En el curso de la elaboración de mi tesis doctoral, habíamos planificado que cuando la terminara me postularía para una beca Humboldt con el fin de llevar a cabo una estancia de formación postdoctoral en la Universidad de Bonn junto a Armin Kaufmann, un plan respecto del que Cerezo ya había informado al incomparable maestro alemán, y cuyo proyecto quedó acordado con este durante su estancia en Zaragoza con motivo de su investidura como doctor *honoris causa*; cuando terminara mi tesis doctoral, iniciaríamos los trámites para llevarlo a la práctica. Pero lamentablemente, la enfermedad que padecía Armin Kaufmann acabó con su vida el 20 de marzo de 1985 en la ciudad de Bad Honnef, a orillas del Rin y cercana a Bonn, y aquel ilusionante proyecto ya no pudo tener lugar nunca. Ante esto, llegamos a considerar la posibilidad de que yo realizara una estancia con Hirsch en Colonia, con quien Cerezo mantenía una muy estrecha amistad, pero debido a ciertas complicadas circunstancias familiares y personales mías, tuve que aplazar la decisión, y con el paso del tiempo ya no encontré el momento propicio para realizarla. Entre tanto, gracias a las gestiones

de Cerezo, el Rectorado de la Universidad de Zaragoza dotó al Área de Derecho penal con una plaza de Profesor Titular, que salió a concurso en los primeros meses de 1986, y gané en octubre de ese mismo año tan fructífero para Cerezo en cuanto maestro, pues unos meses antes, siendo miembro de la Comisión evaluadora y decisoria del concurso a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Málaga, había logrado que la Comisión propusiera a José Luis Díez Ripollés para cubrirla, siendo este el primer discípulo suyo que ganaba una Cátedra y le daba al Maestro una de sus mayores alegrías y satisfacciones de su vida académica, tal como pude comprobar al percibir el estado eufórico que mostró a su regreso a Zaragoza tras semejante gran y exitoso acontecimiento para él y para su escuela. Aproximadamente un año y medio más tarde volvería a experimentar una alegría y orgullo semejantes al ganar su discípulo Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona con todo merecimiento el concurso a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de La Laguna.

En la vida se crean situaciones difíciles de muy diversa índole que ponen a prueba a quien inexorablemente tiene que enfrentarse a ellas tomando decisiones igualmente difíciles para resolverlas, pero con las cuales quien las resuelve en un determinado sentido exterioriza y muestra en la realidad la grandeza superlativa de su ser y de su espíritu. Fui testigo de algunas situaciones complicadas y comprometidas de la vida académica, que aquí y ahora no vienen al caso, en que Cerezo tuvo que terciar y lo hizo en el modo caballeroso y justo en que siempre se comportó con los demás y, en definitiva, consigo mismo. Sin duda, una de las situaciones más difíciles que tuvo que abordar en su vida académica fue la relativa al concurso a la segunda Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza que yo gané con su decidido y firme apoyo el 31 de octubre de 1990. No obstante, puedo afirmar con certeza que, para él, lo difícil de aquella situación no concernía al sentido de la decisión que debía tomar en su conciencia con base en sus elevadas concepciones científicas y en su modo exigente y riguroso de entender la Universidad y conducirse en todos los aspectos y momentos de la vida académica. En este plano, la decisión que debía tomar no le planteaba ni una mínima duda, como él mismo dejó dicho de un modo claro y expreso ante todo el mundo después de haberla manifestado y hecho valer en el concurso, salvo a su esposa Bella, quien sí estaba al corriente de la decisión antes de su celebración, tal como me lo dijo ella misma en la primera ocasión en que nos vimos con posterioridad, al felicitarme y manifestarme, con el afecto y el cariño que me tenía, su enorme alegría por el resultado. Lo difícil de la situación venía dado por ciertas presiones que tuvo que

soportar antes de la celebración del concurso, y porque su decisión le supondría un cierto coste personal, como en efecto lo tuvo, aunque realmente de un modo que de hecho, a la postre, resultó ser insignificante, pues todo quedó en que algunas pocas personas de la sociedad zaragozana con quienes tenían relación él y su esposa, se distanciaron de ellos. Aunque sea de un modo breve y resumido, quiero recordar por su gran trascendencia para mi persona aquel momento de mi viaje por la vida junto a mi recordado Maestro, a quien le debo casi todo y está permanentemente presente en mi memoria como lo está asimismo su flamante y gentil esposa Bella.

A finales de 1989, en la Universidad de Zaragoza se tomó la decisión de dotar un cierto número de Cátedras de promoción para áreas en cuya plantilla hubiera algún Profesor titular –antes denominado adjunto– con una determinada antigüedad en dicho cargo. A Derecho penal le correspondió una de tales cátedras debido a que el mencionado requisito lo cumplía el Profesor Alfonso Guallart de Viala, y la misma fue convocada a concurso durante el primer trimestre de 1990. Ya desde el momento en que la Junta de Gobierno de la Universidad aprobó la dotación de dicha Cátedra, José Luis Díez Ripollés manifestó su deseo y propósito de concursar a ella y así regresar a Zaragoza, por lo que a mí ni me pasó por la cabeza concursar y, dado que la decisión de mi querido discípulo se mostraba muy decidida y segura, hasta me planteé no firmar la solicitud de admisión al concurso, lo cual, sin embargo, no llegó a suceder gracias a Cerezo, pues cuando le comenté mis dudas al respecto, me dijo muy seriamente que ni me plateara semejante duda y firmase la solicitud de admisión aunque pensara en no concursar por razón de la obviedad de la circunstancia mencionada. Con el mero hecho de firmar la solicitud –me dijo– no hace nada inconveniente, y nunca se sabe lo que pueda suceder en el momento oportuno. En aquel momento teníamos la vista puesta con respecto a mí en unos posibles futuros concursos que, según noticias que nos llegaban, parecía que iban a convocarse a medio plazo para las Cátedras de Derecho penal de las Universidades de Las Palmas de Gran Canaria y de Cantabria. Sin embargo, en torno al mes de junio de aquel año de 1990, inesperadamente, José Luis Díez Ripollés tomó la decisión de permanecer en su Cátedra en la Universidad de Málaga, y de renunciar, por consiguiente, a concursar a la de Zaragoza, lo cual nos lo hizo saber a Cerezo, y muy especialmente a mí, manifestándome su total apoyo y animándome a que me presentara al concurso. Ante semejante cambio de circunstancias, por supuesto consulté a mi Maestro acerca de lo que yo debía hacer, pues al concurso estaba dispuesto a presentarse Alfonso Guallart de Viala

de modo incondicional, quien lo hubiera hecho incluso frente a Díez Ripollés si este hubiera concursado, porque según entendió aquél, y así lo creyó, al haber sido su condición y antigüedad el motivo por el que se había logrado la dotación de la Cátedra en cuestión, él tendría un cierto derecho a acceder a la misma. La respuesta de Cerezo a mi consulta no fue otra que la única que podía y tenía que ser: ¡usted no solo tiene el derecho de concursar como cualquier otro aspirante admitido al concurso, sino que en estas nuevas circunstancias *debe* hacerlo y le animo a que lo haga! Y como el concurso ya estaba convocado para el día 29 de octubre de aquel año de 1990, me animó diciéndome algo así como que tenía todo el verano y un poco más de tiempo por delante para preparar las pruebas. De este modo, me vi forzado a pisar el acelerador, pues el trabajo que iba realizando con cierta calma con vistas a un plazo medio debía tenerlo listo necesariamente en apenas cuatro meses, lo que afortunadamente llegué a hacer con un gran esfuerzo y con la inestimable ayuda de mi querido amigo y condiscípulo Miguel Ángel Boldova Pasamar, quien por aquel entonces se había incorporado a la Cátedra de Cerezo para iniciar su carrera académica, y a quien siempre estaré muy agradecido por su generosa entrega a mi causa en aquellos momentos de premura y agobio académicos.

En los meses de septiembre y octubre previos al concurso, y sobre todo en los días previos a la celebración de este, Cerezo tuvo que experimentar un cierto desasosiego, pues como sucede habitualmente en este tipo de acontecimientos, tuvo que enfrentarse a algunas presiones de todos los lados. Me consta que recibió presiones de algunos sectores de la propia Facultad para que apoyara a Alfonso Guallart, con el argumento de que yo ya tendría oportunidades para ganar alguna Cátedra en el futuro. Tengo constancia de que durante aquellos dos últimos meses, y más aún en las fechas próximas a la celebración del concurso, Cerezo tuvo que soportar el asedio constante de muchos que deseaban y tenían la expectativa de que el concurso lo ganase el Profesor Alfonso Guallart. No viene al caso describir ningún detalle de semejante asedio. Yo durante aquellos momentos me limité a continuar con la preparación de las pruebas y a presentarle al Maestro los materiales que iba elaborando, y él los leía y corregía de modo minucioso y me comentaba tanto los aciertos de mi discurso, algunos de los cuales le resultaban muy interesantes, como sus discrepancias, centradas básicamente en mis tesis escoradas a la ortodoxia welzeliana. En ningún momento me dijo expresamente que tuviera ya tomada alguna decisión, pero sus consejos y comentarios representaban para mí mensajes e indicios claros que revelaban que estaba decantado a mi favor,

siendo el indicio más claro su dedicatoria a mi persona de la separata de su contribución al *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pues la misma rezaba así: «A mi querido discípulo Luis Gracia Martín con la firme esperanza de que en el año 1990 consiga una cátedra». Mi querido condiscípulo Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona, por razones personales que hasta cierto punto eran humanamente comprensibles, y Torío por razones que ignoro, estaban predispuestos a apoyar a Alfonso Guallart, mientras que Cerezo y Lorenzo Salgado lo estaban a mi favor, de modo que era Juan Córdoba quien tenía en sus manos la solución del concurso, al cual también se había presentado Juan Felipe Higuera Guimerá.

Del debate que tuvo lugar sobre la primera prueba del concurso, es inolvidable el diálogo que tuve con el gran Torío y la enorme satisfacción con que mi maestro asentía con sus miradas de complicidad a mis explicaciones y argumentos. Torío consumió él solo en su turno de intervención conmigo algo más de dos de las tres horas que la normativa vigente ponía a disposición de la Comisión para debatir con cada concursante. Para decirlo exageradamente, no sé si hay alguna cuestión relativa a nuestra disciplina sobre la que dejara de preguntarme y requerirme respuestas, pero afortunadamente para mí, alguna fuerza mágica debió prenderme e iluminarme en la mañana de aquel 30 de octubre de 1990, pues ciertamente salí mucho más que airoso de todas y cada una de las preguntas que me iba formulando, ante las cuales me crecía animado sobre todo y muy especialmente por las miradas de complacencia y satisfacción de mi Maestro, que me hacían percibir y sentir que, al menos para él, lo estaba haciendo bien de solemnidad. La última pregunta que me hizo Torío fue una relativa acerca de cómo concebía yo la tentativa inidónea y fundamentaba políticamente su punibilidad. Obviamente, valorarme a mí mismo en aquella circunstancia, supondría por mi parte un alarde de vanidad impropio de mi carácter, pero lo cierto es que mis explicaciones y argumentos sobre lo requerido por Torío debieron ser, si no convincentes, sí al menos tan sólidos y coherentes, que él mismo me felicitó por la totalidad de respuestas y explicaciones que le había dado durante nuestro extenso debate y ya no me hizo más preguntas. Según me dijo Cerezo en la primera conversación que tuvimos en privado después del concurso, él había solicitado a Juan Córdoba Roda su voto para mí, pero no tuvo ninguna necesidad de insistir en su empeño para convencerle. Cuando después de aquella primera prueba se dirigía él con todos los miembros de la Comisión a las dependencias del rectorado para realizar los trámites burocráticos relativos a la celebración del concurso, en el camino Juan Córdoba le manifestó que si ya estaba desde un



principio altamente predispuesto a darme su voto, después de lo que había escuchado en aquel debate con Torío ya no le quedaba ninguna duda de que su voto iba a ser para mí. A los pocos días después de celebrado el concurso recibí una carta de Torío en que me manifestaba su afecto personal y me felicitaba diciéndome que el debate que habíamos tenido fue uno en un nivel máximo de profundidad. De este modo, gracias a la sólida formación que recibí de Cerezo durante tanto tiempo y a su decidido y firme apoyo, así como también gracias al apoyo incondicional que me brindó entre bastidores mi condiscípulo y amigo José Luis Díez Ripollés, con los votos de mi Maestro, de Juan Córdoba Roda y de José Manuel Lorenzo Salgado, fui propuesto por la Comisión del concurso para cubrir la segunda cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza que, una vez cumplido el trámite de la toma de posesión, ejercería junto a mi querido y admirado Maestro José Cerezo Mir. Se iniciaba así una nueva etapa en nuestra relación de maestro y discípulo, que se intensificó en un grado máximo en todos los aspectos y perduró felizmente en un clima permanente de entendimiento y afecto mutuos en que nunca hubo ni se planteó, ni siquiera en un solo momento ínfimo ni por ningún motivo, el menor desacuerdo entre ambos, sino todo lo contrario, pues cursó sin interrupción hasta el triste día final de su pérdida, en un espléndido cauce de sólida y perfecta armonía y con una complicidad entre ambos en todo, que muy bien pueden y deben ser contempladas como propias de un modelo y ejemplo de autenticidad de la relación entre maestro y discípulo configurada y vivida por ambos con los vínculos del afecto personal y de la confianza y lealtad inquebrantables.

### III

Mi maestro José Cerezo Mir produjo a lo largo de su rigurosa e intensa vida científica activa una magna obra con impronta y sello propios de identidad, con la cual contribuyó en una proporción muy considerable –junto con las de otros grandes y admirables penalistas españoles de su generación– a un desarrollo y modernización de la Ciencia jurídico penal española tales que han llevado a situarla en la posición de vanguardia que hoy ocupa en el plano internacional indiscutiblemente con un grado de calidad y prestigio parejos –si no superiores– a los de la alemana que, en el pasado próximo, sin la menor duda, fuera –actualmente creo que ya no se puede decir que continúe siendo– la más adelantada y el modelo supremo de referencia en el ámbito de los sistemas jurídicos de corte romano-germánico o conti-

mental. El modo de pensar científico personal que se formó Cerezo, y que cultivó y desarrolló en la precisa dirección que tomó en busca del conocimiento del Derecho penal, nos ha dejado como legado una sólida y magna obra cuyo estudio y conocimiento resultan obligados e imprescindibles para comprender el sistema del Derecho penal contemporáneo y su genealogía histórica, y sobre todo para mantenerlo permanentemente, sin el menor extravío, dentro de los cauces constitucionales del Estado de Derecho en referencia última al horizonte en que el debido respeto y la salvaguarda de la dignidad humana se muestran, como deben, como los principios y exigencias supremos de la justicia, hasta el punto de que como Cerezo sostuvo y afirmó siempre de un modo apodíctico, y yo lo suscribo sin ninguna reserva, toda norma que suponga «una infracción grave del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana, carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho». La formación de ese pensamiento riguroso y propio de Cerezo en la precisa dirección indicada no fue, sin embargo, el resultado de ninguna predestinación a él a partir de las condiciones existentes en el momento en que inició su actividad investigadora y, con esta, su brillante y fructífera carrera científica, sino que fue consecuencia más bien de la feliz confluencia de circunstancias de trascendencia decisiva que él mismo hizo que se congregaran en torno a su persona gracias a sus asimismo felices y acertadas decisiones.

Cuando se recordaba a sí mismo como estudiante, Cerezo se autocalificaba jocosamente utilizando la jerga del lenguaje estudiantil como un «empollón», pues dedicaba entre 4 y 5 horas diarias al estudio. Cursó la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Valladolid, donde la terminó en 1954 con las más brillantes calificaciones y premio extraordinario. En cuanto a su destino se había planteado desde un primer momento dedicarse a la judicatura, y ciertamente no descartó tomar ese camino hasta el momento final de su carrera, pues conociéndose muy bien a sí mismo, pensaba que su personalidad, su percepción del mundo, y sus aspiraciones a conducirse en él guiado por la razón, tenían plena correspondencia con las exigencias de independencia, imparcialidad, y búsqueda de la objetividad y la justicia, que son consubstanciales al ejercicio de la actividad judicial. Si Cerezo hubiera sido juez, es más que seguro que habría sido uno tan magnífico en el mismo grado en que lo fue como científico, pues él poseía las sublimes cualidades mencionadas como unas consubstanciales a su ser y modo de vivir y obrar, y en verdad las practicó siempre en un grado supremo hasta el último de sus suspiros. Sin embargo, el destino quiso abrirle a Cerezo el camino que lleva al estudio, cono-

cimiento y enseñanza del Derecho penal, y motivarlo felizmente a que finalmente se decidiera por emprenderlo y lo recorriera luego hasta el final con su espíritu portador de aquellas sublimes cualidades personales consubstanciales a su admirable ser rebosante de una bonhomía infinita que exteriorizó en todo tiempo y circunstancia haciéndola sentir presente a todo el que se relacionaba con él.

En efecto, en la carrera, Cerezo tuvo como profesor de Derecho penal a Juan del Rosal, quien a la sazón era el Catedrático de la disciplina en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, y al descubrirlo como un estudiante muy destacado –le dio la calificación de Matrícula de Honor–, le sugirió que se dedicara a la carrera del profesorado universitario, aconsejándole al efecto que aprendiera alemán. A Cerezo, quien se encontraba en el tercer curso de la carrera, tal sugerencia le pareció en ese momento ciertamente prematura, y como se ha dicho, se debatió hasta el final de aquella entre la duda de si tomar ese camino o, por el contrario, decantarse por la preparación de oposiciones a la judicatura, tal como él se lo había planteado inicialmente. Sin embargo, ante la insistencia de del Rosal, en cuarto curso comenzó a estudiar alemán con un estudiante de esta nacionalidad que, como él, residía en el vallisoletano Colegio Mayor Santa Cruz, de modo que al terminar la licenciatura dos años más tarde, en 1954, ya había adquirido un dominio suficiente de la lengua alemana que le permitía leer y traducir textos escritos en dicha lengua, y felizmente se decidió por emprender el camino de la carrera del profesorado universitario, incorporándose en ese mismo año a la cátedra de del Rosal como profesor ayudante, e iniciando así la realización de los preceptivos cursos de doctorado y la elaboración de su tesis doctoral sobre *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*. Precisamente uno de los cursos de doctorado que tuvo que realizar Cerezo, fue el que impartió del Rosal sobre la doctrina de la acción finalista, la cual le despertó tanto interés, como atracción científica, sobre todo en razón de las críticas respecto a los problemas que se le planteaban a dicha doctrina en relación con el tipo de lo injusto de los delitos culposos o imprudentes, que Rodríguez Muñoz había formulado y expuesto en una extensa y extraordinaria monografía cuyo origen fue su Lección inaugural del curso académico de 1953-54 en la Universidad de Valencia, y en la cual del Rosal se había basado para impartir el mencionado curso de doctorado. Por esta razón, cuando del Rosal le planteó la disyuntiva de ir a profundizar y ampliar su formación a la Universidad de Roma con Filippo Grispigni, o bien a la de Bonn con el profesor Hans Welzel, Cerezo no se lo pensó dos veces y eligió hacerlo en Bonn con el gran maestro alemán. A tal efecto, solicitó una de las becas que ofre-

cía el DAAD, que en aquel entonces eran tres para toda España y todas las carreras, y tras realizar en el Ministerio de Asuntos Exteriores el preceptivo examen de alemán exigido para resolver la selección de becarios, felizmente obtuvo una de ellas, y en 1956 se desplazó a Bonn, iniciando así una estancia de investigación y formación junto a Welzel y los discípulos de este, que se prolongaría durante tres años y algunos meses más, y durante la cual iban a tener lugar los importantes acontecimientos que marcarían decisivamente y de un modo grandioso y esplendoroso su existencia y vida futuras en todos los aspectos.

Uno de tales acontecimientos, que fue sin duda el más importante y decisivo en la dimensión personal de su vida, como él mismo lo manifestó siempre de modo reiterado con todo su sentimiento e irradiando emoción y felicidad, fue conocer a Bella, y sobre todo que esta le diera el sí a su solicitud de matrimonio y de compartir juntos sus vidas; un matrimonio que tuvo lugar en primera instancia en el año 1960 en la ciudad alemana de Bonn antes de su regreso a España, y en que estuvieron unidos muy felizmente durante todas sus vidas hasta el triste día del 18 de mayo de 2011, en que la dolorosa enfermedad que padeció Bella durante un largo tiempo se la llevó para siempre, y dejó en la vida del Maestro un vacío enorme y un gran desconsuelo que nunca llegó a superar. En verdad, la vida de Cerezo no puede ser comprendida en toda su plenitud desligada de su flamante esposa Bella, como tampoco yo podría explicar mi relación completa con el Maestro sin la presencia en ella de tan admirable mujer con prestancia y humor exuberantes y envolventes, a la cual llegué a tener en mi corazón tanto como al mismo Maestro. Nunca se borrará de mi mente ni se desprenderá de mis emociones vividas la desgarradora aflicción que experimenté al sentir la pena, el dolor y el desconsuelo perceptibles en el ser y el rostro del Maestro cuando le abracé en aquel luctuoso día antes de darle sepultura a Bella.

En verdad que carece de sentido pensar en ucronías, pero en el caso de Cerezo hay que agradecerle al Destino que lo empujara a emprender el camino hacia Bonn con Hans Welzel y su escuela, y lo apartara del que llevaba a Roma con Filippo Grispigni, quien antes había sido catedrático en Milán. Hay suficientes indicios para pensar imaginariamente en que si Cerezo hubiera optado por la senda italiana que le sugirió del Rosal como alternativa a la alemana, con toda probabilidad no hubiera llegado a ser la figura tan importante y relevante que fue en la Ciencia del Derecho penal a escala mundial. En algunas ocasiones, el mismo Cerezo me decía que, con indudables excepciones —que haberlas, haylas—, el techo alcanzado por los maestros suele trazar el límite del que llegan a alcanzar sus discípulos, en lo cual,

aunque parezca exagerado, no dejaba de tener cierta razón al margen de que eso no se pueda generalizar. Y si bien es cierto que Filippo Grispigni fue un positivista que alcanzó cierto reconocimiento en su época, no creo que nadie pueda discutir que la distancia existente entre los niveles científico filosóficos y dogmáticos del penalista italiano y de Welzel es la propia de un abismo, ni se puede ignorar la gran mácula fascista y nazi que impregnó tanto el pensamiento como el activismo político criminal de Grispigni, de quien se ha dicho con razón que la lectura de algunos de sus textos «obliga a vencer la repugnancia que produce la apoteosis de los mayores desprecios por la vida y por todos los valores éticos que hayan salido de la pluma de un penalista», y que el pretendido fundamento científico de muchas de sus tesis «sirvió para mutilar a muchos miles de personas y para asesinar a muchas más, incluso a más de sesenta mil enfermos» (4). Afortunadamente, Cerezo tenía muy claro que su opción para ampliar su formación era la escuela de Welzel en Bonn y se decidió por ella, con lo que la alternativa italiana se quedó meramente en una opción posible que afortunadamente nunca llegó a tener lugar, y a lo que él se refería expresando la mayor satisfacción por su elección, pues como decía cuando recordaba los momentos iniciales de su carrera académica, «si yo me hubiera ido a Italia a formarme, hoy sería un penalista distinto», y también hubieran sido muy distintos «mi vida científica y mi destino personal», refiriéndose con esto último a que no habría conocido a Bella, su esposa y compañera para toda la vida.

Cuando Cerezo viaja a Bonn en 1956 para incorporarse al Seminario de Welzel, no había terminado aún su tesis doctoral sobre lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, pero tenía muy avanzada –en realidad tenía casi finalizada– su elaboración. El giro substancial de su pensamiento y orientación científica que tuvo lugar de inmediato con su integración en la escuela welzeliana, le puso ante la disyuntiva de –como él lo decía– «tirar la tesis al cesto de los papeles y empezar a escribir una totalmente nueva», o bien poner cuanto antes el punto final a lo que tenía elaborado tal cual lo había escrito, regresar a España para leer esa tesis ante el Tribunal, y una vez obtenido el grado de doctor, continuar con su formación en la nueva orientación científica por la que se había decantado y en que ya estaba totalmente inmerso, aunque como veremos con una cierta actitud crítica que mantuvo hasta el final. También en esto tomó Cerezo la decisión acertada, y en este caso, siguiendo el consejo que le dio el mismo Welzel. Cerezo había escrito aquella tesis doctoral siguiendo el método de la filosofía de los valores neokan-

---

(4) Véase ZAFFARONI, *El enemigo en Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 105 para la primera cita, y p. 106 para la segunda.

tiana, que era entonces dominante en la Dogmática penal alemana, y en España, de hecho, el único conocido y seguido por los penalistas, pero con su –como él lo decía– «conversión» al finalismo de Welzel, había abandonado aquella orientación en la que estaba inspirada su tesis. Por esto, como queda dicho, siguiendo el consejo de Welzel, tomó la decisión pragmática de terminar de redactar la tesis conforme a la orientación inicial que ya había abandonado, y regresar a España a leerla ante un Tribunal, hecho que tuvo lugar en 1957 con todo éxito, pues obtuvo la máxima calificación. Las circunstancias descritas explican que Cerezo no publicase nunca su tesis doctoral íntegra, sino solo un extracto en que redujo al mínimo imprescindible las referencias a los fundamentos filosófico-jurídicos en que estaba inspirada y que ya no compartía, limitándose a exponer en dicho extracto meramente la estructura dogmática de la tentativa (5).

Cerezo permaneció en Bonn con Welzel tres años y unos cuantos meses más. Durante los dos primeros cursos de 1956-57 y 1957-58 lo hizo disfrutando de la beca del DAAD, y para el tercero de 1958-59 obtuvo otra de la Fundación Alexander von Humboldt. Luego, cuando se agotó el tiempo cubierto por esta última, aún permaneció en Bonn unos meses más hasta entrado el año 1960, gracias a que Welzel le nombró ayudante, aunque solo con un alcance nominal sin funciones reales, pues el fin de dicho nombramiento era únicamente que Cerezo pudiera obtener algunos ingresos. Fueron estos, unos años cruciales para la formación científica de Cerezo. Asistió a las clases de Welzel tanto de Derecho penal como de Filosofía del Derecho, y aunque al parecer aquel no era especialmente brillante, pues las daba leyendo sus notas, a Cerezo le deslumbraron por la profundidad de sus contenidos. En aquellos años estaban presentes y participaban activamente en el seminario de Bonn los discípulos de Welzel que con el tiempo se convertirían en las figuras más emblemáticas del finalismo: Stratenwerth, que ya se había habilitado y aún no se había ido a ocupar la cátedra de Erlangen; Armin Kaufmann, también ya habilitado, y Hirsch, que había terminado su tesis doctoral. El finalismo no fue nunca ni es ningún bloque monolítico ni siquiera en el ámbito de los presupuestos metodológicos, o mejor: en cómo se determinan estos, cómo se los hace operar luego y qué consecuencias sistemáticas pueden y tienen que derivarse de ellos. Al contrario, como es sabido, dentro del finalismo hay una diversidad de enfoques dogmáticos y político criminales, y esta diversidad presidía los debates y discusiones del

---

(5) Véase CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, 1964; incluido en el vol. II de sus *Obras completas*, Ara Editores, Lima, 2006, pp. 39 ss.

Seminario de Bonn en aquellos años en que tuvo lugar la estancia de Cerezo, quien también tenía sus propios puntos de vista sobre determinadas cuestiones, como era, entre otras, su concepción relativa a lo injusto del delito imprudente, discrepante de la que Welzel mantenía en aquel momento. Como es sabido, Welzel se vio forzado a llevar a cabo una constante reelaboración de su concepción de la culpa, además de por las críticas de autores alemanes incluso finalistas, como Niese, también por las que había formulado Rodríguez Muñoz, las cuales Welzel, al no saber español, llegó a conocer en detalle por medio de las explicaciones que le dio Cerezo acerca de ellas. Precisamente por el interés que despertaron en Welzel las críticas del gran penalista español a su concepción de los delitos culposos, aquel le pidió a Cerezo que elaborase una ponencia sobre la postura de Rodríguez Muñoz para exponerla y debatirla en el seminario. Cerezo mantuvo dicha ponencia en una sesión del Seminario de Welzel el 12 de junio de 1958, y aquella dio lugar al primer gran artículo científico del Maestro, que se publicó primero en alemán en la *ZStW* (6), y más tarde en español en el *ADPCP* (7), en el cual, en mi opinión, logró refutar gran parte de las objeciones de Rodríguez Muñoz al concepto de la acción finalista en relación con los delitos culposos, demostrando que en la base de estos también hay una acción finalista real de la que la voluntad referida a los medios y modos de realización es el elemento *ontológico* jurídico penalmente relevante, y que aunque sea cierto que la relación entre la acción finalista imprudente y el resultado típico no pueda establecerse en la esfera ontológica, sino en la normativa, esta es una cuestión que es así porque no puede ser de otro modo y, por esto mismo, no puede ser soslayado por ninguna doctrina de la acción, tampoco por la del concepto causal. En esto, mi acuerdo con mi Maestro fue desde un principio y es hoy total, absoluto.

Cerezo termina su estancia en Bonn y regresa a España en 1960 con la sólida formación adquirida junto a Welzel y los discípulos de este, y como si su destino se repitiera, tuvo que dar un nuevo giro a su vida académica que, afortunadamente, igual que sucediera cuando decidió ir a ampliar su formación con Welzel, le iba a proporcionar una de las satisfacciones más importantes de su vida: conocer y vincularse como discípulo al incomparable D. José Antón Oneca, a quien Cerezo tuvo y llevó permanentemente en su memoria y en sus sentimientos con inusitada emotividad y gran veneración, hasta el extremo

---

(6) «Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems», *ZStW* (71) 1959, pp. 136 ss.

(7) «El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal», *ADPCP*, 1959, pp. 561 ss.

de reconocerlo como una de las personas que más –si no la que más– le habían impactado en su vida. Cuando Cerezo regresa a España en 1960, va a residir a Madrid, su ciudad de nacimiento, y aunque el Prof. Juan del Rosal había accedido a una Cátedra de Derecho penal en la Universidad de Madrid, no se reincorporó con este, pues se había distanciado de él por diversos motivos de los que Cerezo casi nunca habló, y en las pocas ocasiones en que venían a colación, lo hizo sin darles importancia, y sobre todo con el más caballeroso respeto a D. Juan del Rosal, sin escatimar su reconocimiento de que precisamente a él le debía haber emprendido su carrera de profesor universitario, y de que fue para él un profesor muy brillante cuyas claras explicaciones le sedujeron cuando fue su alumno en la carrera. La ruptura definitiva con del Rosal, que se produce tras haberse presentado en 1960 a unas oposiciones a cátedra contrariando su parecer, deja a Cerezo en una situación difícil en el ámbito académico en cuanto a posibilidades de acceder a alguna plaza, y aunque Welzel le brindó su apoyo para que se habilitara en Alemania e hiciera carrera académica allí, no obstante se decidió por quedarse en España. Ya en aquel año de 1960 había entrado en contacto con Antón Oneca por medio de D. Emilio Gómez Orbaneja, Catedrático de Derecho procesal de Valladolid, quien fue amigo de su padre, el Catedrático de Química Orgánica de la misma Universidad, que había fallecido trágicamente en 1941 al ser atropellado por un tranvía en Madrid. Tras los suficientemente conocidos avatares injustos sufridos por Antón Oneca en la guerra civil y los momentos posteriores a esta –fue depurado de su cátedra, encarcelado y sometido a trabajos forzados– en 1960 ocupaba la cátedra de Salamanca, y después de un anterior intento fallido injustamente en 1957, en 1962 accedió a una cátedra en la Universidad de Madrid. Hasta la llegada de Antón a Madrid, Cerezo estuvo vinculado a la Universidad ocupando una plaza de profesor ayudante en la cátedra de Filosofía del Derecho de la que era titular entonces D. Joaquín Ruiz Giménez, y para hacer frente a sus angosturas económicas, tuvo que dedicarse a realizar traducciones y tareas de interpretación simultánea durante casi dos años, si bien estas circunstancias no le impidieron continuar con su actividad investigadora, y en 1961 publicó dos de sus artículos más significativos. En *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español* (8), tras una brillante exposición de los argumentos de carácter sistemático que imponen que el dolo tenga que ser un elemento del tipo, terminaba demostrando que esta sistemática era viable en el Código penal español vigente en aquel momento, porque en su

---

(8) *ADPCP*, 1961, pp. 55 ss.



opinión los términos con que aquel designaba en distintos lugares al dolo –voluntad, intención, malicia– podían y debían interpretarse en el sentido del concepto de dolo del hecho, es decir, vaciado de la conciencia de la antijuridicidad. Y en *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica* (9), lleva a cabo un detenido análisis de la doctrina welzeliana de las estructuras lógico-objetivas como una variante específica de la doctrina de la naturaleza de las cosas, y desarrollando una tesis propia influenciada en gran medida –aunque no en todo– por la postura de Stratenwerth, considera que aquellas estructuras solo se destacan en la realidad como esenciales desde un punto de vista valorativo previo –en concreto desde el de la concepción del hombre como un ser responsable–, y aun así solo vinculan al legislador en el sentido de que este tiene que hacer al contenido de la voluntad necesariamente objeto de valoración jurídica, pero no *sistemáticamente*, pues el legislador es libre para hacer recaer el juicio de antijuridicidad exclusivamente sobre el lado externo de la acción. Con esto, Cerezo se aparta de uno de los postulados metodológicos fundamentales del finalismo que podríamos denominar como ortodoxo.

Cuando Antón Oneca se incorpora a su cátedra de Madrid en 1962, le ofrece a Cerezo una plaza de profesor ayudante en la misma, con una generosidad que este siempre destacó con gran sentimiento y agradecimiento, porque –decía– «me acogió con los brazos abiertos [a pesar de que] no había sido su alumno en la carrera, y además yo era finalista y el causalista»; en 1963 ganó una oposición a profesor adjunto, que en aquellos tiempos era una figura de profesor contratado por cuatro años prorrogables por otros cuatro; en 1967, tras jubilarse Antón Oneca, quedó como encargado de la cátedra de este en la Universidad madrileña; y finalmente, en el año 1969 –después de sus injustamente fallidas oposiciones a cátedras de 1963, 1965 y 1967– ganó en un concurso nacional una plaza de Profesor Agregado, que fue una categoría de profesorado universitario que permitía luego acceder a una cátedra, cuando esta quedaba vacante, sin tener que realizar ninguna prueba más. Tras ganar este concurso oposición, Cerezo se decidió por la plaza de la Universidad de Valencia, que desempeñó durante algo más de un curso, siendo en aquel momento catedrático de la misma Juan Córdoba Roda, y finalmente, en 1970, accede a la cátedra de la Universidad de Zaragoza, iniciando así una etapa de una duración de 26 años que bien puede considerarse la de su mayor esplendor científico, desde luego sin menoscabo alguno del que continuó irradiando en la siguiente y última de su vida en la UNED desde que accedió a la cátedra de esta en 1996,

---

(9) *RGLJ*, 1961, pp. 27 ss.

hasta su jubilación en 2002, y en su posterior actividad como catedrático emérito durante seis años más hasta 2008. Como queda dicho, los cinco años en que Cerezo permaneció en la Universidad Complutense junto a Antón Oneca marcaron decisiva y definitivamente su personalidad científica y académica, hasta el punto de reconocerse en todo momento con gran satisfacción e inusitado orgullo como discípulo de Antón –en sus clases, siempre que lo citaba, se refería a él como «Mi Maestro Antón Oneca»–, de quien siempre hablaba con gran admiración y ensalzándolo como un ser venerable en todos los aspectos, por supuesto en el científico –para Cerezo era el principal penalista de su época–, pero sobre todo en la dimensión humana, pues por lo que se sabe y según todos quienes lo conocieron, Antón tuvo que ser –como en efecto lo fue– un hombre modélico en que encarnaron todas las cualidades y virtudes más nobles y elevadas del ser humano. No pude conocer a D. José Antón Oneca, pero tengo la sensación de haber sentido indirectamente el aliento de su espíritu, pues si él fue un modelo de honradez, de honestidad y de dignidad en todas las dimensiones de la vida, mi excelso Maestro José Cerezo Mir también lo fue igualmente y en un grado supremo, y esto sí lo experimenté como una vivencia personal real que ahora vivo, como lo viviré hasta el final, en mi nostálgico recuerdo.

En el plano científico, fueron varios los aspectos en que el pensamiento de Antón Oneca influyó dejando su impronta en el de Cerezo y constituyen signos inequívocos de que aquel fue realmente su auténtico y verdadero maestro español. La influencia más destacada de Antón Oneca en Cerezo se muestra en la teoría de este sobre el fundamento y los fines de la pena, aunque se distancia en algunos puntos importantes de la concepción del primero. Si bien Antón reconoció en algún momento que el principio retributivo tenía que ser integrado en la teoría de la pena por la función que desempeña como garantía de proporcionalidad, de los derechos del individuo y de la exclusión de la responsabilidad objetiva, en realidad sustentó una teoría relativa basada en la prevención general, pero entendiendo a esta como función de ejemplaridad y relegando a un segundo plano la de intimidación. Antón terminó excluyendo completamente a la retribución de su teoría de la pena, pero mientras le dio una cierta relevancia la consideró un aspecto más de la prevención general concebida como ejemplaridad. En cambio, Cerezo sostuvo una teoría unitaria de la pena en que, si bien se mira, prevalece la idea retributiva entendida como reafirmación del ordenamiento jurídico, y en que la prevención general y especial no cumplen ninguna función fundamentadora, sino únicamente la de justificar y posibilitar la aplicación de una pena inferior a la gravedad del

hecho y de la culpabilidad del autor, e incluso la total inaplicación de la pena retributiva cuando su aplicación se muestre innecesaria por razones preventivas. La influencia de Antón en la teoría de la pena de Cerezo se muestra en la asunción por este de la función de ejemplaridad, que en realidad considera que es inherente a la retribución, pues para él es precisamente la pena retributiva la que puede servir no solo a los fines de la prevención general entendida principalmente como ejemplaridad y solo en un segundo plano como intimidación, sino también incluso al fin correccional de la pena, al cual considera –como Antón– una exigencia de la ejemplaridad de la pena. En realidad, y así me lo reconoció en algunas de nuestras conversaciones sobre la cuestión, aunque solo hasta cierto punto, en una contemplación global, en la teoría de la pena de Cerezo el mayor peso lo tiene la idea retributiva en el sentido welzeliano de la función ético-social del Derecho penal, que en verdad, contemplada en su substancia, no es nada distinto a lo que hoy muchos quieren llamar prevención general positiva, como han impuesto las modas de inventar términos y denominaciones para dar la apariencia de que se ha inventado algo nuevo y original que no lo es en absoluto, porque lo que realmente se designa con nueva terminología no es nada distinto a lo que ya está totalmente explicado, es suficientemente conocido desde hace tiempo, y se ha denominado con una terminología tradicional que probablemente es más clara y adecuada que la impuesta por la moda. La influencia de Antón Oneca en el pensamiento de Cerezo no se limitó solo a la teoría de la pena, pues aquel también le orientó en el conocimiento a fondo de la dogmática y jurisprudencia españolas, «purificándole» así –según expresó el mismo Cerezo– «de sus excesos de germanismo».

Durante su época junto a Antón Oneca, y, después de jubilarse este, en la inmediatamente anterior a su traslado a la Universidad de Valencia como Profesor Agregado, Cerezo llevó a cabo una intensa actividad investigadora, fruto de la cual fueron sus artículos *El «versari in re illicita» en el Código penal español*, publicado en 1962 (10) –tema sobre el cual volvería a publicar otro artículo en 1970 (11)–, y *La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español*, publicado en 1964 (12), y en este mismo año publicó también su esmerada traducción de la 4.<sup>a</sup> edición de *Das neue Bild des Strafrechtssystem* de Hans Welzel, con

---

(10) *ADPCP*, 1962, pp. 47 ss.

(11) «El "versari in re illicita" y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español», *ADPCP*, 1970, pp. 287 ss., artículo con el que contribuyó a un Libro-Homenaje a Jiménez de Asúa publicado por la Ed. Pannedille en Buenos Aires en ese mismo año de 1970.

(12) *REP*, n.º 166, 1964, pp. 450 ss.

unas valiosas notas personales de muy diverso alcance y significado, pues en unas mostró sus divergencias con las posturas de Welzel, en otras defendía las de este en que él estaba de acuerdo frente a las críticas de que habían sido objeto, y en algunas explicaba cómo los conceptos o postulados sistemáticos del finalismo con los que estaba de acuerdo podían ser trasladados al Código penal español vigente en la época. El artículo sobre la conciencia de la antijuridicidad me parece especialmente relevante, pues en él Cerezo llevó a cabo una muy profunda investigación histórica para demostrar que el término «malicia» con que se designó al dolo en nuestros Códigos históricos hasta el anterior al de 1995, no era comprensivo de la conciencia de la antijuridicidad, y que más allá de la voluntad del legislador histórico, también en el Código vigente en aquel momento podía ser entendido, con arreglo a una interpretación objetiva de la ley, en el sentido finalista, es decir, como dolo del hecho, de tal modo que cupiera hacer valer la teoría de la culpabilidad en dicho Código, para lo cual propuso aplicar al error invencible de prohibición la eximente completa de trastorno mental transitorio, y al vencible la eximente incompleta, en ambos casos por analogía *in bonam partem*. Aunque la propuesta de Cerezo no tuvo éxito, cuando el legislador español introdujo una regulación expresa del error de prohibición en el art. 6 bis.a) mediante la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, de reforma parcial y urgente del Código penal –inspirado en el art. 20 del Proyecto de 1980, en cuya elaboración él había participado de modo muy intenso y relevante–, lo hizo con arreglo al postulado fundamental de la teoría de la culpabilidad, según la cual la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. Por otra parte, Cerezo no prestó gran atención a temas de la Parte Especial, pero de esta época en la Universidad de Madrid junto a Antón Oneca datan sus artículos *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*, publicado en 1966 (13), *La estafa procesal*, publicado asimismo en 1966 (14), y un tercero posterior dedicado a *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, publicado en 1969 (15). Estos artículos sobre temas de Parte Especial tuvieron su origen en trabajos que Cerezo tuvo que preparar, por así exigirlo la normativa vigente, para la firma de las oposiciones a cátedras a las que concurrió en aquella época. En 1970 fue invitado a pronunciar una conferencia en las Universidades de Bonn, Gotinga, Erlangen y Ratisbona, sobre *La polémica en torno a la doc-*

---

(13) *REP*, n.º 173, 1966, pp. 319 ss.

(14) *ADPCP*, 1966, pp. 179 ss.

(15) *ADPCP*, 1970, pp. 581 ss., que se publicó en el número del año 1969 de la Revista Temis de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, dedicado a D. José Guallart y López de Goicoechea con motivo de su jubilación.

*trina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, que publicó en alemán en 1972 en el tomo 84 de la ZStW y en castellano en el núm. 2 del año 1 de la Revista argentina Nuevo Pensamiento penal.

Como ya se ha dicho, en 1970 Cerezo accede a la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, que desempeñó durante 26 años, y en la cual llevó a cabo la mayor parte de su producción científica y fundó y consolidó su escuela. En 1971 asumió el cargo de director del Colegio Mayor Universitario Pedro Cerbuna, ubicado en el mismo Campus, en cuyo menester tuvo que interceder a menudo por colegiales detenidos por las Fuerzas de Orden público por causa de su activismo contra el régimen franquista, y también fomentó de un modo notable la vida cultural del Colegio. En 1974 renunció a ese cargo que ejerció durante tres años con un balance positivo para el Colegio. A Cerezo le habían acompañado a Zaragoza dos ex alumnos suyos en la Facultad de Madrid para hacer carrera académica con él, y a los cuales envió a formarse a Alemania, pero ambos desistieron de su inicial propósito. Entre 1974 y 1979 se incorporaron progresivamente como ayudantes de su cátedra quienes serían los discípulos que darían lugar a la consolidación de su Escuela, que fuimos, por este orden, Romeo Casabona, Higuera Guimerá, Díez Ripollés y quien escribe este relato personal, los cuales obtuvimos nuestras respectivas cátedras cuando Cerezo aún desempeñaba la suya en Zaragoza. Posteriormente, tras su jubilación en la UNED, accedió a una Cátedra en Zaragoza Miguel Ángel Boldova Pasamar, y Alicia Gil Gil ganó otra en la UNED. Discípulos directos de Cerezo que aún no han obtenido cátedra y se desempeñan como Profesores titulares son Carmen Alastuey Dobón en Zaragoza, y Mariano Melendo Pardos y Juan Manuel Lacruz López en la UNED, quienes al igual que Alicia Gil, le acompañaron a Madrid cuando accedió a la cátedra de dicha Universidad, en la cual terminaron y defendieron sus tesis doctorales y ganaron sus respectivas plazas. También discípulos de los tres primeros catedráticos de Cerezo han ganado posteriormente cátedras de Derecho penal, como es el caso de Esteban Sola Reche y Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro por parte de Romeo Casabona, Juan Muñoz Sánchez y Octavio García Pérez por parte de Díez Ripollés, y por la mía M.<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín, a la cual Cerezo tenía un gran afecto y en cuyo concurso estuvo presente con orgullo y satisfacción dos meses antes de su inesperado fallecimiento. Además de los discípulos directos españoles, y de los numerosos discípulos de estos que ejercen como profesores e investigadores con distintos *status* en las Universidades españolas,

son también muy numerosos los discípulos directos de Cerezo en muy distintos países de Latinoamérica, bien porque les dirigió sus tesis doctorales o porque se formaron científicamente con él (16).

Del desempeño y ejercicio docentes de Cerezo en Zaragoza ya he dejado constancia más atrás. El Maestro no era dado al ejercicio de funciones de gestión académica más que hasta el mínimo inevitable e imprescindible, aunque esporádicamente fue durante tres años –1982 a 1983– Vicedecano de la Facultad, y luego de 1989 a 1993, Director del Departamento de Derecho público hasta su marcha a Madrid en 1996, cuando el ejercicio de estos cargos era aún llevadero para un científico porque aún no se había convertido en una actividad absorbente dedicada a tratar de toda una maraña de asuntos fútiles y a la burocracia universitaria que exigen desplegar los nefastos planes de estudios actuales orientados a dotar a los estudiantes de capacidades designadas con términos como competencias, habilidades y destrezas, que más que a aspectos relacionados con la adquisición de conocimiento, parecen evocar cualidades propias de artistas de todos los géneros. La actividad académica de Cerezo estuvo de hecho totalmente centrada en la docencia e investigación. En torno al año 1974, comienza a elaborar con una dedicación intensiva la que iba a ser la obra de su vida, una Parte General del Derecho penal para –según sus propias palabras– atender las necesidades de la enseñanza y contribuir a la renovación de la Ciencia del Derecho penal española, a la cual él mismo denominó modestamente como un Curso, pero terminó siendo un auténtico Tratado que, como es indiscutible y así está reconocido, constituye por ahora, sin la menor duda, el de mayor profundidad y calidad en su género en la Ciencia penal española. El propósito que animó a Cerezo a escribir esta obra fue desde un principio construir un sistema de la Parte General del Derecho penal español con el método y la sistemática finalistas a los que se adhirió –aunque no en su versión ortodoxa– durante su formación con Welzel en la Universidad de Bonn, y a ello dedicó de hecho casi toda su vida con la mayor intensidad y sin descanso, con un esfuerzo ímprobo y colosal, y en un mayor tiempo del que había previsto y habría deseado –aproximadamente 27 años–, pues durante su elaboración, no solo nuestro ordenamiento jurídico experimentó varias modificaciones substanciales y espaciadas en el tiempo, sino que también hubo varios proyectos y propuestas de nuevo Código penal, y esta circunstancia le impuso tener que reelaborar en varios momentos lo que ya tenía escrito para adaptarlo a

---

(16) Véase la extensa relación de discípulos de los discípulos directos de Cerezo y de sus discípulos latinoamericanos directos, que con sus nombres y apellidos, cita LUZÓN PEÑA en pp. 13 s. de su Semblanza de Cerezo citada *supra* en nota 3.

dichas modificaciones y tener en cuenta los proyectos, lo cual le forzó además a alterar el plan de la obra –inicialmente concebida en cuatro tomos, el último de los cuales estaría dedicado a las consecuencias jurídicas del delito– y a retardar el avance en lo que aún le quedaba para culminarla.

En 1976 publica la primera edición del primer tomo, dedicado a la Introducción, escrito conforme a las llamadas Leyes fundamentales y al Texto refundido del Código penal de 1973 vigentes en el momento. En 1981 publica la segunda edición de ese primer tomo, pero añadiendo a la Introducción los siete primeros capítulos de la teoría jurídica del delito que ya había escrito entre la primera edición y esta segunda, y los cuales iban a constituir parte del segundo tomo con arreglo al plan inicial de la obra. En esta segunda edición, Cerezo adaptó los contenidos de la primera a la Constitución de 1978 y prestó una gran atención al Proyecto de 1980, en cuyo Anteproyecto había colaborado de modo decisivo en la Comisión General de Codificación. En 1985 publica una tercera edición de este tomo adaptada a la reforma parcial y urgente del Código penal por la Ley de 25 de junio de 1983, ampliada con tres nuevos capítulos de la teoría del delito. El hecho de que el legislador llevara a cabo una nueva reforma parcial de cierto alcance en el Código de 1973 por medio de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, hizo necesaria una adaptación del primer tomo a dicha reforma, pero en lugar de llevarla a cabo de inmediato, y ante la gran incertidumbre existente sobre la aprobación de un nuevo Código penal, tras una larga conversación en que yo le di mi parecer, Cerezo optó por esperar, y por publicar una primera edición de un segundo tomo con una segunda parte de la teoría del delito, que abarcaba los seis capítulos que le restaban para terminar la teoría de lo injusto. La publicación de este segundo tomo tuvo para mí un significado especial, pues fue a fines de 1990, justo unas semanas después de que yo ganara la cátedra, y el Maestro me lo dedicó muy afectuosamente con las siguientes palabras, que ahora cuando las leo para transcribirlas aquí me emocionan tanto o más que cuando las escribió y me obsequió el ejemplar: «A mi querido amigo y discípulo Luis Gracia Martín, con la satisfacción y orgullo de verte ya catedrático y de tenerte de compañero en la Facultad de Zaragoza». La adaptación del primer tomo a la reforma de 1989 y a otras leyes publicadas desde la tercera edición, la hizo en una cuarta publicada en 1994 en que mantuvo unidas la Introducción y la primera parte de la teoría jurídica del delito. Con la aprobación, publicación y entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995, y en un período de tránsito de la Universidad de Zaragoza a la UNED adaptó el Curso a dicho Código, llevando a

cabo una nueva distribución formal de todo lo que había escrito hasta ese momento. Y así, la Introducción quedó separada en un primer tomo, que se publicó en 1996 como quinta edición; los capítulos de la teoría del delito incluidos en el primer tomo hasta la cuarta edición de este, pasaron a ser contenido de un segundo tomo que apareció en 1997 como quinta edición, y los que había publicado en aquella primera edición de un tomo segundo en 1990 los incluyó en otro tomo que apareció como tercero y en segunda edición en 1998. En este mismo año de 1998 refundió los tomos II y III en uno numerado como II, y que publicó como sexta edición actualizada. Entre tanto, su incorporación a la UNED en 1996 le permitió dedicarse exclusivamente a escribir los capítulos de la teoría del delito que faltaban para culminar la obra. Las necesidades de la docencia en una Universidad a distancia, le forzaron a publicar en un tiempo breve todo ese resto en la forma de unas Lecciones elementales, sin notas a pie de página, en una primera edición en 1997 en la Sección de publicaciones de la propia UNED, de las cuales publicó en 2000 una segunda edición mucho más elaborada que casi alcanzaba el nivel de los anteriores tomos del Curso. Finalmente, en 2001 da por terminada su magno Tratado con la publicación del tercer tomo en la Editorial Tecnos en que estaban editados los demás desde la primera edición. Todavía en 2004 publicó una sexta edición del tomo primero relativo a la Introducción, en la cual su discípula Alicia Gil Gil, nuestra gran especialista en Derecho penal internacional, actualizó el apartado dedicado a dicha materia en el capítulo X, adaptándolo al Estatuto de Roma. Y aunque actualizó realmente algunos capítulos del tomo segundo, ya no publicó ninguna edición más de este ni de los restantes.

Lógicamente no voy a entrar aquí en los contenidos del Curso, y me voy a limitar a destacar su enorme valor y trascendencia científicos, así como el ejemplo que nos dio Cerezo a sus discípulos con su dedicación seria y rigurosa a la elaboración de la obra. No obstante, y aunque de un modo que necesariamente tendrá que ser breve, porque no es este lugar apropiado para desarrollar largas y complejas argumentaciones científicas, sí quiero dejar apuntadas algunas importantes discrepancias científicas que tuve con mi maestro y que él nunca dejó de valorar positivamente aunque no le convencieran mis posturas. Pues en algún momento llegamos a hablar de que cuando él no pudiera continuar con su actividad científica, yo me ocuparía de continuar con la actualización del Curso, pero debido a aquellas discrepancias científicas ambos llegamos a la conclusión de que aquello no era conveniente. Nuestra discrepancia más importante, de la cual derivan prácticamente todas las demás en cuestiones concretas, se dio en el



ámbito metodológico. Como no puede ni podría ser de otro modo, yo acepto las tesis de Stratenwerth y de Cerezo, de que las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación jurídica solo se destacan, y son perceptibles dentro de la multitud de datos ópticos, como esenciales para la valoración jurídica, desde la perspectiva de un punto de vista valorativo previo totalmente determinado y además, también esencial, como puede ser el de la concepción del ser humano como persona o como ser responsable. Ahora bien, aparte de que, según yo lo entiendo, la adopción de ese punto de vista valorativo esencial no puede ser el resultado de una decisión libre del legislador, sino que es la realidad misma del ser la que impone adoptar ese punto de vista y ningún otro distinto, si desde el mencionado punto de vista valorativo esencial, se destaca como esencial la estructura finalista de la acción humana en la esfera del ser, de aquí tiene que derivarse como una consecuencia sistemática necesaria –y en esto es en lo que discrepo de mi Maestro– que el dolo tiene que ser insertado por fuerza en la categoría sistemática de la tipicidad. De aquí tiene que derivarse también –y en esto se da otra discrepancia– que si autor del hecho es el que realiza –directa o mediatamente– la acción típica, el concepto de autor hay que derivarlo del concepto de acción finalista, y que el ejercicio del dominio finalista del hecho es lo que tiene que definir al autor. Por otra parte, en la sistemática de la teoría del delito derivada del concepto de acción finalista, no puede haber espacio alguno para escindir el tipo en dos niveles valorativos como son el tipo objetivo y subjetivo, y por esto en el sistema finalista tampoco puede haber espacio alguno para la teoría de la imputación objetiva, que mi maestro, sin embargo, terminó aceptando por creer que la impone la definición de la tentativa en el art. 16 del Código penal de 1995. Estas discrepancias, y algunas otras que aquí no puedo exponer, no significan en absoluto ningún alejamiento dogmático por mi parte, del pensamiento central de mi maestro. Solo son un exponente de la diversidad de tendencias dentro del finalismo. En lo que sí estoy totalmente de acuerdo con mi Maestro es en el rechazo de la tendencia finalista extrema de reducir lo injusto al desvalor de la acción.

Como ya he resaltado antes, y así está ampliamente reconocido, lo que Cerezo llamó modestamente «Curso», en realidad es un auténtico Tratado de la Parte General del Derecho penal, y además de los más importantes que se han publicado en lengua española, tal como, haciéndole justicia, lo expresó Enrique Gimbernat tanto en sus recensiones a los tres tomos (17), como en el muy afectuoso y emotivo obi-

---

(17) *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 3, 1999, pp. 391 ss., y *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 13, 2004, pp. 433 ss.

tuario que le dedicó en el diario El Mundo en su edición del miércoles 26 de julio de 2017 (18). En el Curso o Tratado de Cerezo, lo primero que destaca es el impresionante aparato científico que maneja, y por lo tanto sus sólidas y documentadas exposiciones de los estados de las cuestiones tratadas y la fundamentación de sus posturas ante las mismas. Fui testigo directo de cómo al iniciar la investigación correspondiente a cada capítulo seleccionaba minuciosamente la copiosa bibliografía que luego aún depuraba desechando las publicaciones en que su autor no había tenido en cuenta ni citado –probablemente porque no había ni siquiera leído– la bibliografía esencial existente sobre el tema tratado. Descartaba toda publicación cuyos contenidos no estuvieran apoyados en citas científicas, y otras que a pesar de mostrar cierto aparato científico manejado por el autor, en su opinión no merecían ser tenidas en cuenta, porque –recordando una expresión de Welzel de la que Cerezo hacía uso– «esto no corresponde a nuestras aspiraciones científicas» (*Dies entspricht nicht unserer wissenschaftliche Ansprüche*). A diferencia de los Manuales en que las importantes cuestiones que se plantean y estudian tradicionalmente en la Parte relativa a la Introducción al Derecho penal (ideas penales, evolución del Derecho positivo, principios, etc.), Cerezo lleva a cabo un estudio profundo de las mismas guiado por sus asimismo profundos conocimientos de los autores clásicos, muy especialmente de los españoles, en lo cual tuvo mucho que ver la influencia recibida de Antón Oneca. La teoría del delito, construida por Cerezo conforme a la sistemática finalista, aunque con ciertas desviaciones de la versión ortodoxa welzeliana, es un modelo de coherencia de pensamiento; a mí personalmente, me impresionaron siempre y me impresionan muy especialmente la profundidad y la coherencia con que construye el sistema de las causas de justificación. Una característica notable de gran importancia en el Curso o Tratado de Cerezo es el gran cuidado que pone en compatibilizar las teorías y criterios de la doctrina alemana que maneja con la tradición y el Derecho positivo españoles. En ocasiones me decía que ciertas obras de autores españoles parecían tratados de doctrina alemana en que esta se asumía como si fuera el Derecho natural. Por otra parte, aunque sentía un gran respeto por los grandes penalistas alemanes, les reprochaba la escasa atención que prestaban –como continúan haciendo hoy– a la doctrina española, siendo así que esta, como lo ha reconocido reiteradamente Bernd Schünemann, ha llegado a alcanzar un nivel parejo a la alemana. El exponencial incremento de las publicaciones tanto alemanas como

---

(18) Página 52.

españolas, que ha dado lugar a que la literatura científica resulte hoy ya inabarcable incluso respecto de temas concretos y específicos, forzó a Cerezo –como a todos– a limitar su atención a la doctrina alemana a los Manuales y Comentarios y a algún estudio monográfico fundamental de los penalistas alemanes de vanguardia, y por otra parte, su percepción de los grandes progresos que han tenido lugar en la Ciencia del Derecho penal en Latinoamérica, le llevó a tener en cuenta y a citar prolijamente a los más destacados penalistas de los distintos países de allí, primero en el tercer tomo y luego en la sexta y última edición del primero del Curso. En definitiva, el Curso de Parte General de Cerezo, para decirlo con las elogiosas palabras de Enrique Gimbernat, porque ni yo ni nadie podría expresarlo mejor, «es la culminación de una carrera universitaria caracterizada por la coherencia y el rigor científicos» (19), y en dicha obra aborda los problemas que plantea el Libro I del Código penal español «con una inteligencia, una maestría y una ponderación que solo [se habían] encontrado hasta ahora en la legendaria ‘Parte General’ de Antón» (20).

Aunque la dedicación principal de Cerezo durante los 26 años que desempeñó su cátedra en la Universidad de Zaragoza fue la elaboración de su Curso, y muchas de sus publicaciones fueron avances de los capítulos o de partes de capítulos conforme iba terminando de escribirlos, no por eso dejó de llevar a cabo otras importantes actividades y producciones científicas. Me referiré solo a algunas de ellas especialmente significativas. Ante el crecimiento de su prestigio comenzó a ser invitado a Congresos en Latinoamérica. En el Coloquio internacional de Derecho penal, organizado por el Instituto de Ciencias penales de Chile, que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 4 y el 12 de abril de 1973, participó con una ponencia sobre *El tratamiento de los semiimputables*, que publicó, en la Revista de Ciencias penales, de Chile, en el fascículo de enero-abril de 1973, y luego en España (21). En 1974 contribuye al Libro Homenaje a Welzel, con el artículo *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*, del que más tarde publicaría en España la versión en castellano (22), y en el cual, rechazando que el concepto de autor se derive del concepto de acción, formuló uno en que se combinan –o mejor se complementan– la teoría objetivo-formal y la material del dominio finalista del hecho, considerando que es autor todo el que realiza la acción típica o un elemento del tipo, aun-

---

(19) En *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 3, 1999, p. 399.

(20) En *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 13, 2004, p. 442.

(21) *ADPCP*, 1973, pp. 13 ss.

(22) *ADPCP*, 1975, pp. 41 ss.

que no tenga el dominio del hecho, así como el que tiene el dominio del hecho aunque no realice ningún elemento del tipo. En 1979 es invitado a las Jornadas internacionales de Ciencias penales y Criminológicas, celebradas en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas del 19 al 21 de noviembre de dicho año, y en las cuales participó con una ponencia muy elaborada y profunda que dio lugar a uno de sus más importantes artículos, *Culpabilidad y pena* (23), en el cual defiende la autonomía del principio de culpabilidad frente a las exigencias de la prevención general y especial, y siguiendo en parte a Henkel, defiende que el reproche de la culpabilidad jurídico penal se basa en la comprobación empíricamente verificable de algunos elementos relevantes de la capacidad de obrar de otro modo, y tiene como sustrato la capacidad general de autodeterminación conforme a sentido del ser humano. En 1981 participó con una comunicación sobre *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en el Coloquio internacional de Derecho penal celebrado en el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia, que tuvo lugar los días 20 y 21 de febrero de dicho año, en la cual, aunque considera que esa doble posición no se ve impedida por nada en el plano ontológico, la rechaza por ver en ella una complicación innecesaria y una falta antisistemática al incluir un mismo hecho en dos categorías sistemáticas distintas, pues si se hace esto –pregunta–, entonces, ¿para qué sirven las clasificaciones y distinciones sistemáticas? Muy importante fue su contribución al Libro en Memoria de Armin Kaufmann, en 1989, sobre *La regulación del error de prohibición en el Código penal español*, en el cual lleva a cabo una interpretación absolutamente fundada del art. 6 bis a), introducido por la Ley de reforma urgente y parcial del Código penal, conforme a la teoría de la culpabilidad. En 1992, en un viaje a Brasil, pronunció varias conferencias entre las que destacan una sobre *El finalismo, hoy*, en que realiza un balance de lo que, a su entender, se habría rechazado y aceptado del finalismo en la Ciencia del Derecho penal (24), y otra en que se ocupa de cuestiones respecto de la cuales el Derecho penal puede comprometer el respeto a los derechos humanos (25). Pero sin duda, la actividad científica en que más tiempo ocupó Cerezo al margen de la elaboración de su Curso, fue su dedicación a analizar críticamente los Proyectos, Anteproyectos y Borradores de Anteproyectos de nuevo Código penal y las reformas parciales

---

(23) *ADPCP*, 1980, pp. 348 ss.

(24) *ADPCP*, 1993, pp. 5 ss.

(25) «Derecho penal y derechos humanos: experiencia española y europea», publicada en *AP*, n.º 14, 1993, pp. 187 ss.

de que fue objeto el Texto refundido del CP 1973, sobre los cuales publicó varios informes y artículos que en 1993 reunió en un libro dedicado a la reforma penal española (26).

En 1996, como ya he mencionado antes reiteradamente, accede a la cátedra de Derecho penal de la UNED y da comienzo a su última etapa de su rica y admirable carrera académica, en la cual llevó a cabo una actividad tan intensa como en Zaragoza hasta incluso algún tiempo después de su retiro definitivo tras su permanencia en la Universidad como catedrático emérito hasta 2008, es decir, durante seis años más allá de su jubilación en 2002. La Comisión del concurso de acceso a la cátedra de la UNED estuvo formada por Gonzalo Rodríguez Mourullo, Diego Manuel Luzón Peña, y nosotros, los tres primeros discípulos catedráticos de Cerezo, o sea José Luis Díez Ripollés, Carlos M.<sup>a</sup> Romeo Casabona y yo mismo, y aunque todos sabíamos que aquello no era más que un trámite inevitable, confieso que a mí me invadió un cierto sentimiento de angustia y desasosiego ante una situación evidentemente tan extraña por el rol que tenía que desempeñar. Se despidió Cerezo de la Facultad de Derecho de Zaragoza con un discurso elegante, pero muy severo en cuanto a sus mensajes y contenido, pues con toda la razón, habló en un sentido altamente crítico sobre el deterioro en que había caído la Universidad de Zaragoza en los años anteriores, y algunos, tras escucharlo, hicieron bueno el dicho de que la verdad ofende.

Con Cerezo se desplazaron a la UNED tres de sus discípulos más jóvenes –Alicia Gil Gil, Mariano Melendo Pardos y Juan Manuel Lacruz– mientras que Carmen Alastuey Dobón, que ya había leído su tesis doctoral, se quedó en Zaragoza. En la UNED se encuentra con Alfonso Serrano Gómez, condiscípulo suyo de Antón Oneca, quien desde su status como Profesor Titular había regido de hecho la cátedra durante varios años desde la jubilación de Stampa Braun. Cerezo y su equipo asumieron todo lo concerniente a la Parte General, mientras que la Parte Especial quedó al cuidado de Alfonso Serrano y su equipo de colaboradores. Alfonso Serrano había fundado en 1991 la Revista de Derecho penal y Criminología, que dirigió hasta 1996, pues cuando llega Cerezo a la UNED, le cedió dicho cargo a él, pasando Serrano a ocupar el de Secretario de la revista, y el Maestro inicia una segunda etapa de la misma con una orientación diferente a la que había tenido hasta entonces y una reordenación y ampliación de sus secciones. Entre las novedades que pueden destacarse del giro que experimentó la Revista, se pueden destacar el sometimiento de los artículos al jui-

---

(26) *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

cio previo de dos evaluadores externos, la publicación permanente de recensiones, por encargo del Consejo de Redacción, de obras seleccionadas por este como especialmente relevantes, y la inclusión de una sección dedicada a proporcionar información bibliográfica sobre las publicaciones de Derecho penal y Criminología en Latinoamérica. En el Consejo asesor se incluyeron los penalistas de más prestigio en los diversos países europeos y latinoamericanos, y el Consejo de Redacción, del que formamos parte desde el principio los tres primeros discípulos catedráticos de Cerezo junto a otros ilustres colegas y amigos, como Antonio García-Pablos de Molina, Agustín Jorge Barreiro, Diego Manuel Luzón Peña, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, nos reuníamos periódicamente en la UNED para tratar y decidir sobre cuestiones de la Revista, la cual alcanzó durante esta segunda época un gran prestigio no solo en el ámbito nacional sino también en el internacional.

Durante sus años de permanencia en la UNED, como ya se ha dicho antes de un modo detallado, Cerezo, que dispuso de hecho de casi todo su tiempo para dedicarse a la investigación, se dedicó a terminar su Curso o Tratado de Parte General, objetivo que logró ver cumplido en 2001 con la conclusión del tercer tomo, pero desarrolló una muy intensa actividad académica y de producción científica al margen de aquel hasta el año 2010. Fueron varios los artículos que publicó en este periodo y no estaban estrictamente relacionados con el Curso, bien en Libros homenaje o como fruto de conferencias que pronunció en los numerosos Congresos y Jornadas en que participó, además de en Alemania, sobre todo en Latinoamérica, adonde fue constantemente invitado y donde fue altamente respetado y reconocido como penalista del más elevado prestigio. Entre aquellos numerosos artículos de esta época se pueden destacar el que tuvo su origen en la ponencia que presentó al Coloquio internacional «La Ciencia del Derecho penal alemana ante el cambio de siglo», celebrado en Berlín del 3 al 6 de octubre de 1999 en la Academia de las Ciencias, de Bandenburgo, en el cual hizo un balance de las influencias más significativas de la Ciencia del Derecho penal alemana en la española y comentó una selección de las instituciones del Derecho positivo español inspiradas en aquella (27). De esta época es también su profundo artículo sobre *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo* (28), que tuvo su origen en la ponencia que pre-

---

(27) «Die deutsche Strafrechtswissenschaft aus spanischer Sicht (Kommentar)», en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Verlag C. H. Beck, München, 2000, pp. 255 ss.

(28) *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 10, 2002, pp. 47 ss.

sentó en el Tercer Congreso Internacional de Derecho penal, organizado por el Centro de Estudios de Política criminal y Ciencias penales en la Ciudad de México los días 22 al 26 de abril de 2002. En este artículo, tras exponer con la mayor precisión dogmática la doble dimensión del concepto de peligro, según se refiera este a la acción o al resultado (de peligro), adopta una posición crítica respecto de la desmesurada protección penal de bienes jurídicos colectivos, pero acepta la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. En 2003, publica otro importante artículo sobre *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta* (29), cuyo origen fue su conferencia pronunciada en el Congreso sobre Significado e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica, que tuvo lugar en los días 25 y 26 de octubre de 2002 en Nápoles. Tras aclarar el contexto histórico en que surgió el finalismo como réplica a los normativismos actuales que lo rechazan, y tras exponer la doctrina de Welzel sobre la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación jurídica, reitera su postura crítica ante la tesis de Welzel, y se mantiene en la que ya había formulado en su artículo temprano sobre la naturaleza de las cosas, considerando que dichas estructuras solo se destacan entre la multitud de datos ónticos como esenciales desde el punto de vista valorativo previo de la concepción del ser humano como persona, es decir, como ser responsable, y que de ellas no se derivan necesariamente consecuencias sistemáticas determinadas, como por ejemplo la necesaria pertenencia del dolo al tipo de lo injusto. Estando ya fuera de la Universidad por haber agotado en 2008 todos los posibles periodos legales de permanencia formal en ella, a instancia y por invitación de Kai Ambos publica un muy trabajado e interesante balance de la influencia de Welzel y el finalismo en general en la Ciencia penal española y en Iberoamérica, en un breve libro en homenaje al Filósofo del Derecho Fritz Loos, vinculado a la Escuela de Welzel en Bonn, que le brindan a aquel el mencionado Kai Ambos y Henning Radtke en Chile (30). Este fue el último trabajo y la última publicación de Cerezo, si bien en 2010 aún tuvo una actividad pública al ser entrevistado para la Revista Teoría y realidad constitucional sobre el tema de la corrupción, y en cuyo número 25

---

(29) *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 12, 2003, pp. 45 ss.

(30) «La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos», en Kai AMBOS/Henning RADTKE, *Estudios filosófico-jurídicos y penales del Prof. Dr. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, pp. 15 ss.; publicado también en *ADPCP*, 2009, pp. 67 ss.; y como opúsculo en la Editorial Ubi-jus, México, 2010.

correspondiente a aquel año, entre las páginas 5 a 55, se encuentran las respuestas de Cerezo a las preguntas formuladas al respecto.

Ya desde el principio de su época en Zaragoza, Cerezo fue invitado con gran frecuencia a países de Latinoamérica a realizar todo tipo de actividades académicas y científicas, pues ya era un penalista de renombre y con un elevado prestigio internacional, lo cual propició que fuera forjando lazos muy estrechos con los más importantes penalistas de allí. En su etapa de la UNED su proyección a Latinoamérica y sus lazos científicos y personales con penalistas de allí –muchos ya conocidos para él– se incrementaron considerablemente. Los viajes de Cerezo a Latinoamérica, a desarrollar actividades docentes y como conferenciante y ponente en eventos científicos, se cuentan por docenas. En muchos de ellos tuve la gran satisfacción de acompañarle, unas veces por simple coincidencia, y otras porque en algunos lugares me veían como el discípulo más próximo a él en cuanto a nuestros intereses científicos prácticamente volcados exclusivamente a la Dogmática jurídico penal en sentido estricto, y planificaban a propósito la participación conjunta de ambos como maestro y discípulo. Fueron muchas las mesas y estrados que compartí con él en Latinoamérica.

Debido a su reconocimiento y prestigio internacionales, a Cerezo le fueron otorgadas numerosas distinciones y honores académicos, todos ellos durante su época de la UNED. Quizá el más importante de todos ellos –y me parece que él así lo sintió– fuera el de Doctor *honoris causa* por el Instituto Nacional de Ciencias penales de México (INACIPE), que le fue otorgado junto a Roxin en el año 2000, siendo ambos investidos como tales en una gran ceremonia presidida por el entonces Presidente de México Ernesto Zedillo, que tuvo lugar el día 4 de septiembre de dicho año en el Salón de Actos del impactante Museo Antropológico de la Ciudad de México. Lamentablemente, unos compromisos académicos que no podía dejar de cumplir ni aplazar, me impidieron estar presente en semejante acto acompañándole en tan emotivo momento. La *lectio doctoralis* que pronunció en dicho acto versó sobre *El tratamiento penal de los delincuentes habituales*. A este Doctorado *honoris causa* siguieron otros cinco más en las Universidades peruanas Nacional de San Agustín de Arequipa, José Carlos Mariátegui de Moquegua, Nacional de Tacna, Nacional Mayor de San Marcos de Lima, y la de Cuzco, a cuyos actos de investidura, con la excepción del último en Cuzco, sí pude acompañarle y celebrar las distinciones junto a él, así como intervenir como ponente en los actos académicos que se celebraron en su honor con motivo de su investidura por algunas de esas Universidades, como en la de San Agustín de Arequipa en 2004.



Con motivo de su jubilación al cumplir los 70 años en el año 2002, los cuatro discípulos de él que a la sazón éramos catedráticos –Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín, e Higuera Guimerá– editamos un Libro en su homenaje en el que participó un ingente número de penalistas españoles, de otros países de Europa y de Latinoamérica, y en el cual escribimos una semblanza académica y científica de él en que destacamos los hitos más significativos de su carrera, desde el principio hasta ese momento de su jubilación (31). También en Brasil, donde se puede decir que la Universidad estatal de Maringá, es un foco activo del finalismo, pues allí ejerció su cátedra hasta su jubilación el discípulo de Cerezo Prof. Luiz Regis Prado, y actualmente son profesoras titulares allí dos discípulas de este, las hermanas Erika y Gisele Mendes de Carvalho, que hicieron sus tesis doctorales, la primera exclusivamente bajo mi dirección, y la segunda bajo codirección mía y de Carlos Romeo Casabona, se publicó en 2007 un libro homenaje a Cerezo, coordinado por Regis Prado, en el cual se publicaron en su honor numerosos artículos no sólo de todos sus discípulos y de los discípulos de estos, sino también de un elevado número de penalistas brasileños y de otros países iberoamericanos e incluso uno de Hirsch (32).

Como ya se ha dicho, tras su jubilación, Cerezo continuó en la UNED como catedrático emérito durante seis años más, y concretamente hasta diciembre del año 2008. Un hecho del que no he hablado aún, y me parece especialmente significativo y digno de destacar, es que más allá de la intensa actividad y de la producción científica que realizó Cerezo durante estos seis años, ante el prestigio que él había alcanzado y la reconocida calidad de su obra científica, que desde hacía tiempo se había convertido en referencia imprescindible y obligada para el conocimiento del Derecho penal contemporáneo, y no solo en España sino en todos los países de habla española, varias editoriales de Latinoamérica que estaban interesadas en ella le ofrecieron publicar ediciones de la misma en varios países, a lo cual Cerezo accedió encantado. Así, y más allá de la feliz reedición de su traducción de *El nuevo sistema del Derecho penal* de Welzel, con sus notas personales, que había tenido lugar en 2001 (33), y también se había traducido al portugués y editado en Brasil la traducción original de

---

(31) Cfr. la cita del libro *supra* en nota 2.

(32) *Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2007.

(33) En la colección Maestros del Derecho penal de la Editorial IBdF de Montevideo y Buenos Aires, de la que es director Gonzalo Fernández.

Cerezo al español (34), la Editorial Rubinzal-Culzoni de Buenos Aires, publicó en 2002 dos tomos en que se recogían todos los artículos de Cerezo publicados hasta esa fecha (35), y un tercero en 2006 con los nuevos artículos que había publicado desde 2002 hasta ese año (36). También en este año de 2006, se editan en Perú unas Obras completas de Cerezo en dos tomos; el primero se dedica íntegramente al Curso, y en él se unifican los tres tomos de que consta la obra en la edición española (37); y el segundo es una compilación de todos los artículos publicados por Cerezo a lo largo de toda su vida científica hasta 2006, incluido el extracto de la que fue su tesis doctoral (38). Y en 2008, se publica una edición del Curso de Cerezo en Argentina y Uruguay en un único tomo en que se unifican los tres de la edición original española (39).

#### IV

Como se ha dicho, al extinguirse el último plazo en que es legalmente posible mantener vinculados a la Universidad a profesores eméritos, en diciembre de 2008 tiene lugar el retiro definitivo de Cerezo, y aunque desde esta situación se mantuvo en contacto con el mundo académico y todavía tuvo fuerzas y ánimo para realizar alguna producción científica, a lo largo del año 2010 fue dejando de realizar actividades académicas propiamente dichas. El destino cruel dispuso que a Bella, su amada esposa, la apresara una terrible enfermedad sin esperanza de superación y con pronóstico de gran sufrimiento durante un tiempo prolongado. El 18 de mayo de 2011 se produjo el triste y doloroso fallecimiento de Bella, y aunque mi Maestro era un hombre de una gran fortaleza y entereza de espíritu, el desconsuelo que le produjo la muerte de la mujer con quien había compartido su vida tan felizmente durante 51 años, le sumió en una profunda tristeza. A partir de la muerte de Bella, el Maestro llenó el vacío que le produjo su

---

(34) *O Novo sistema jurídico-penal*, tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2001.

(35) *Temas fundamentales del Derecho penal, I y II*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

(36) *Temas fundamentales del Derecho penal, III*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

(37) *Obras Completas I: Derecho penal. Parte General*, Ara Editores, Lima, 2006.

(38) *Obras Completas II: Otros estudios*, Ara Editores, Lima, 2006.

(39) *Derecho penal. Parte General*, IBdF, Montevideo/Buenos Aires, 2008.

ausencia con el esparcimiento en la vida cultural. Además de con la lectura –siempre fue un apasionado de la historia y del género literario de la novela–, llenó su vida disfrutando del cine, del teatro, de conciertos de música, de visitas a monumentos durante sus paseos por Madrid, y hasta se matriculó en una academia para seguir un curso de inglés, en la cual, según me dijo, hizo buenos amigos. También hizo un viaje organizado en grupo a Tierra Santa con algunos de sus nuevos amigos de la academia de inglés. Durante el tiempo posterior al fallecimiento de Bella, continuamos naturalmente con nuestra estrecha relación. Nos llamábamos por teléfono con cierta frecuencia, de vez en cuando me desplazaba a Madrid para visitarlo, y cuando venía a Zaragoza a pasar unos días con su hija Eva y sus nietos, quedábamos en algún restaurante para comer juntos, conversar animadamente sobre lo divino y lo humano como siempre habíamos hecho, y recordar momentos compartidos no solo en el ámbito académico, sino en la vida en general. Hablábamos en el recuerdo de nuestros viajes juntos a Latinoamérica; de cuando en ciertas ocasiones quedábamos para ver una película juntos en el cine o algún domingo para ir al campo de La Romareda a ver un partido de fútbol del Zaragoza –en una ocasión nos acompañó su hija Eva–, aunque él era hinchado del Atlético de Madrid, y durante un tiempo tuvo que ocultarlo porque le daba vergüenza decir que era seguidor de un equipo que tenía un Presidente tan esperpéntico e impresentable como aquel Jesús Gil que fue alcalde de Marbella; recordábamos cómo Bella, al nacer mi hijo José en julio de 1991 –le puse este nombre en honor a mi Maestro–, y unos meses más tarde su nieto José –hijo de María– en noviembre del mismo año, estableció un orden jerárquico de Josés conforme a edades, llamando a su nieto el «pequeño» José, a mi hijo el «mediano» José, y al Maestro, obviamente, el «grande» José; en fin, hablábamos de todo, y muy raramente de Derecho penal.

En el verano de 2013, cuando realicé un viaje a Guayaquil, fui a visitarlo a su casa de Madrid junto con mi pareja Elsy, a quien Cerezo no conocía, porque ella vive en aquella ciudad ecuatoriana, y pasamos juntos un largo tiempo de la tarde de aquel día. Aunque el estado del Maestro era bueno, sin embargo me fui preocupado. Estaba recién operado de una células cancerígenas en el cuero cabelludo en una segunda intervención, porque la primera no había salido bien, y aunque él parecía no darle importancia, María, que vino a ver a su padre, comentó con cierta preocupación que tenía la impresión de que en la primera intervención pudo haber alguna negligencia, y hoy queda la duda de si el deterioro neuronal que comenzó a experimentar Cerezo poco tiempo después pudo tener su causa en aquellas intervenciones.

Sea lo que fuere, lo cierto es que Cerezo comienza a tener una salud menoscabada y experimenta episodios críticos que alertan de que ya no puede vivir solo, como lo había hecho hasta entonces después del fallecimiento de Bella, y necesita algún tipo de asistencia y cuidado. Tras permanecer un breve tiempo en casa de su hija María en Madrid, sus tres hijas, con la aquiescencia de Cerezo, deciden trasladarlo a Zaragoza e ingresarlo en la residencia en que estuvo hasta su fallecimiento. A pesar de su evidente deterioro neuronal, que le provocó una cierta pérdida de memoria y de capacidad cognitiva, la vida de Cerezo durante este tiempo transcurrió con cierta normalidad dentro de las limitaciones derivadas de aquel deterioro, las cuales no eran graves ni presagiaban que su final pudiera estar próximo. Aunque con la asistencia y compañía de una persona, todos los días salía a pasear por la ciudad; domingos y festivos iba a comer y pasar la tarde a casa de su hija Eva. En noviembre de 2015 ofrecí a todos mis condiscípulos y discípulos del área de Derecho penal una comida con motivo de celebrar el 25.º aniversario de mi cátedra, a la que por supuesto asistió Cerezo y pasó toda la tarde con nosotros mostrando una gran alegría y sintiéndose muy cómodo. También estuvo presente el día 22 de mayo de 2017 en el acto del concurso a la cátedra de Derecho penal de Zaragoza de mi discípula M.<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín, y luego vino a la comida que esta nos ofreció con motivo de su acceso a dicha cátedra, en la cual estuvo charlando animadamente con todos.

En vista del estado del Maestro, nadie podía esperar que tan solo dos meses menos tres días después del último momento relatado, el Destino nos lo arrebatara para siempre. El 19 de julio de 2017, a primera hora de la mañana me disponía a ir a visitarlo, pero mi visita nunca llegó a tener lugar, porque a causa de un paro cardiorrespiratorio mi excelso Maestro había fallecido y se había ido para siempre. Si fuera real, y no una simple metáfora, lo que expresa la frase del poeta escocés Thomas Campbell: que «vivir en los corazones que dejamos tras nosotros, eso no es morir», también sería una realidad que mi querido y eximio Maestro, José Cerezo Mir, estaría hoy vivo, pues por la grandeza de su espíritu, por su extraordinaria obra científica, y sobre todo por su infinita bondad y generosidad, aún vive, y vivirá mucho tiempo, en una multitud de corazones de todo el mundo, y muy especialmente en el mío y en mi pensamiento, en los cuales estará vivamente presente hasta mi último suspiro.

LUIS GRACIA MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Zaragoza



## La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final? (1)

CLAUS ROXIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal,  
Derecho Procesal y Teoría Jurídica del Derecho  
Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich

*Dedico la siguiente investigación a mi buen amigo el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig con mis más sinceras felicitaciones por su 80 cumpleaños el 7.5.2018.*

### I. INTRODUCCIÓN

En el año 1973 (2) propuse por primera vez tratar la «heteropuesta en peligro consentida» como un grupo independiente con relación a la autopuesta en peligro responsable. Mientras la participación en una autopuesta en peligro responsable es siempre impune (3), según mi concepción, ello rige para la heteropuesta en peligro consentida solo bajo la condición de que el sujeto puesto en peligro (*Gefährdete*), en caso de tener un total conocimiento del riesgo, tenga la misma responsabilidad por el acontecimiento que el sujeto que pone en peligro (*Gefährdende*).

Pocas veces una propuesta para solucionar un problema ha encontrado una resonancia tan amplia como la de la heteropuesta en peligro consentida. Por eso me he manifestado posteriormente sobre el tema en repetidas ocasiones (4). Pues, en lo que respecta al tratamiento de

---

(1) Artículo titulado «Die einverständliche Fremdgefährdung- eine Diskussion ohne Ende?», publicado en *GA* 2018, pp. 250-263. Traducción realizada por BEATRIZ ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Profesora de Derecho penal del Centro Universitario de Estudios Financieros (CUNEF).

(2) En mi contribución a *Gallas-FS*, 1973, pp. 241 y ss. (249-253).

(3) También lo reconoce la jurisprudencia desde BGHSt 32, p. 262, y existe actualmente amplio consenso al respecto.

(4) Últimamente en *JZ* 2009, pp. 399 y ss.; *GA* 2012, pp. 655 y ss.

la heteropuesta en peligro consentida, las opiniones difieren ampliamente. Ya en 2011 (5) hablaba Stratenwerth de una «discusión confusa, difícilmente manejable» de la que Lasson (6) había afirmado anteriormente: «Desde la introducción en el debate científico, por parte de Roxin, de la figura de la heteropuesta en peligro consentida», no han podido arrojar luz sobre la problemática «una inmensa cantidad de contribuciones doctrinales y casos de la jurisprudencia». Nada ha cambiado en este sentido en los últimos años. Se han publicado tres monografías sobre el tema: *Die Einwilligung in ein Risiko*, de Menrath (2012), *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, de Jetzer (2015) y *Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung*, de Lotz (2017). A ellas se suman varias contribuciones extensas (7).

El alcance de la discusión y la falta de claridad del problema se deben, a mi juicio, por un lado, a que los casos de heteropuesta en peligro consentida tienen un gran significado práctico y, por otro, a que el sentido de la justicia no proporciona a este respecto resultados claros. Dos casos podrían mostrarlo. ¿Existe una lesión imprudente cuando alguien es víctima de un accidente de tráfico condicionado por la embriaguez después de haberse dejado llevar en el coche por un conductor cuyo estado de ebriedad conocía? Y ¿sería punible según el § 229 StGB\* quien, pese a estar enfermo de sida, mantiene relaciones sexuales sin protección con una mujer que conoce la enfermedad de su pareja y el riesgo de contagio –que luego se materializa–?

En tales casos, se puede, en primer lugar, abogar por una absolución tomando como base que el lesionado conocía el riesgo y que tenía que responder por sí mismo por las consecuencias de sus actos (teoría de la equiparación). En segundo lugar, también puede sostenerse la punición sobre la base de que la responsabilidad principal la tiene aquel que ha dañado a un compañero irreflexivo a través de su conducta imprudente (teoría de la punición). En tercer lugar, finalmente, en las heteropuestas en peligro consentidas, dependiendo de las circunstancias, se puede asumir en parte la impunidad, pero también en parte la punibilidad de aquellos que han perjudicado a otro a través de su comportamiento (teoría de la diferenciación). Puesto que tal diferenciación puede llevarse a cabo de acuerdo con diversos pun-

---

(5) STRATENWERTH, *Puppe-FS*, 2011, p. 1017.

(6) LASSON, *ZJS* 2009, p. 259.

(7) Haciendo referencia únicamente (desde el 2013): GIMBERNAT, *WoIter-FS*, 2013, pp. 389 ss.; TONIO WALTER, *NStZ* 2013, pp. 673 y ss.; JÄGER, *Schünemann-FS*, 2014, pp. 421 y ss.; TIMPE, *JR* 2014, pp. 52 y ss.; ZABEL, *JR* 2014, pp. 619 y ss.

\* El § 229 StGB regula las lesiones imprudentes [N. de la T.].

tos de vista, son posibles distintas teorías de diferenciación, cada una de las cuales requiere un debate independiente. Las numerosas opiniones concebibles conducen a cuestiones controvertidas igualmente numerosas, dado que la ley no proporciona una regulación inequívoca de la heteropuesta en peligro consentida. Esta circunstancia justifica que se retome la problemática sobre la base del más reciente estado de la discusión. Aquí me ocuparé principalmente de profundizar en mi propia posición y de defenderla frente a sus críticos.

## II. LA TEORÍA DE LA EQUIPARACIÓN

Incluso a día de hoy, la equiparación entre la heteropuesta en peligro consentida y la autopuesta en peligro responsable tiene numerosos seguidores (8). Escogeré algunas voces características. Cancio Meliá (9) quiere asignar al «ámbito de responsabilidad de la víctima» los daños producidos por una empresa común, «si la actividad queda en el marco de lo organizado conjuntamente por autor y víctima». El «principio de autorresponsabilidad» prohíbe una diferenciación entre autopuesta y heteropuesta en peligro consentida (10). Stratzenwerth (11) se remite a una máxima de Puppe (12) según la cual «ni la participación en la autopuesta en peligro ni la heteropuesta en peligro consentida» serían «contrarias al deber de cuidado». De ello deduce (13) que «la «heteropuesta en peligro consentida» en caso de comportamiento imprudente debe ser suprimida del catálogo de grupos de casos especiales». Timpe (14) explica que la heteropuesta en peligro consentida es solo «un caso particular de aplicación específica de la autopuesta en peligro autorresponsable». El sujeto que pone en peligro posibilita o favorece «como colaborador del sujeto que es puesto en peligro, solo de manera secundaria un comportamiento... que, según la semántica social, significa «autolesionarse», y que, por tanto, no revela ningún significado delictivo» (15). Ésta es una solu-

---

(8) Indicaciones pormenorizadas en LOTZ, *Die einverständliche, beidseitig bewusste fahrlässige Fremdschädigung*, 2017, pp. 245-251, donde también se ocupa de los planteamientos parcialmente distintos de los defensores de esta opinión.

(9) CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111 (1999), pp. 366 y ss. (375).

(10) CANCIO MELIÁ, *ZStW* 111 (1999), pp. 373 y ss.

(11) STRATZENWERTH, *Puppe-FS*, pp. 1017 y ss. (1017).

(12) NK/Puppe, 2. ed. 2005, antes del §§ 13 y ss., n. m. 192.

(13) STRATZENWERTH, *Puppe-FS*, p. 1024.

(14) TIMPE, *JR* 2014, p. 62.

(15) TIMPE, *JR* 2014, p. 61.



ción clara que hace superfluas las distinciones complicadas. Pero en cuanto al resultado no es satisfactoria, como pueden mostrar los dos casos relevantes para la práctica que ya he utilizado anteriormente.

Supongamos que A, después de haber bebido en abundancia, ¡le exige a su compañero B que se deje llevar en coche a casa! B tiene reservas y prefiere tomar un taxi, pero finalmente cede ante A, porque no quiere ofenderle con una negativa y porque A se esfuerza en disipar sus reservas. Sin embargo, la incapacidad de A para conducir lleva a un accidente de tráfico en el que B resulta gravemente herido.

Si, de acuerdo con la teoría de la equiparación, se rechaza el castigo de A por lesiones imprudentes, se estaría ignorando que A, que además debe ser castigado conforme al § 316 StGB\*, tiene, con mucho, la mayor responsabilidad en el accidente. No solo ha sido el que ha ocasionado el acontecimiento peligroso. Además, ha puesto a B en un peligro no dominado por él. También se aprovechó de la circunstancia de que B, aunque era consciente del consumo de alcohol de A, no podía evaluar en la misma medida que él su extensión exacta ni la capacidad que le seguía quedando a A. B conocía el riesgo general de la conducción bajo los efectos del alcohol. Ello es suficiente para asumir un conocimiento del riesgo. Jetzer (16) afirma acertadamente: «Allí donde alguien realiza un comportamiento que, según la experiencia general, es característicamente... de alto riesgo, puede suponerse la conciencia del riesgo». Por lo tanto, existe una heteropuesta en peligro consentida. Sin embargo, esto no cambia el hecho de que B conociera el riesgo del caso concreto con menos precisión que A y que, por lo tanto, requiriera protección penal frente al comportamiento peligroso. Precisamente, como en la heteropuesta en peligro consentida el conocimiento del riesgo solo necesita ser de carácter general, la equiparación con la autopuesta en peligro no parece adecuada en un caso como el descrito. Por eso, es difícilmente comprensible por qué Jetzer en otro lugar (17) opina que «no está claro en qué medida la puesta en peligro que desemboca en un resultado lesivo debiera ser más «abarcable» que en una autopuesta en peligro responsable».

Mi alegato en favor de una punición de A según el § 229 StGB no significa que en toda conducción bajo los efectos del alcohol deba hacerse responsable al conductor por las lesiones de un acompañante que está familiarizado con el riesgo de las circunstancias. Más bien, hay que diferenciar en función de criterios que aún deben ser tratados. Sin embargo, como puede demostrar mi ejemplo, no considero

---

\* El § 316 StGB regula la conducción bajo los efectos del alcohol [N. de la T.].

(16) JETZER, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, 2015, p. 35.

(17) JETZER (nota a pie 15), p. 70.

correcto que la lesión, relacionada con la embriaguez, de un acompañante que es consciente del riesgo, deba ser considerada sin excepción como una autolesión o como no contraria al deber de cuidado.

Lo mismo puede probarse con los casos de sida. Aquí, incluso Puppe (18), a pesar de que quiere que la heteropuesta en peligro consentida quede en principio impune por no ser contraria al deber de cuidado, tiene reparos frente a la absolución si un hombre infectado por el sida apremia a su novia, que sabe de su enfermedad, a tener relaciones sexuales sin protección contra las reservas de ella, y le contagia su enfermedad. Puppe afirma: «El caso sería problemático si él (esto es, el hombre) hubiera ejercido cualquier forma de presión, si por ejemplo le hubiera exigido a ella mantener relaciones sexuales sin protección como una prueba de amor. Quien fuerza a otro a ponerse en peligro actúa respecto de él de un modo contrario al deber de cuidado aunque la coacción no alcance el nivel de un estado de necesidad justificante». Creo que ello es correcto. Sin embargo, en el caso de un comportamiento autorresponsable por parte del lesionado, también debe admitirse la posibilidad de una heteropuesta en peligro consentida punible. Naturalmente, ni siquiera en los casos de sida se podrá asumir la punibilidad por principio, sino que habrá que diferenciar adecuadamente.

La teoría de la equiparación también es rechazada mayoritariamente por la doctrina. Así, Lasson (19) afirma: «Rechazar totalmente la distinción entre la autopuesta en peligro responsable y heteropuesta en peligro consentida por razones de equivalencia normativa llevaría demasiado lejos. Puesto que hay una diferencia en si una persona se pone en peligro a sí misma y tiene el dominio del hecho, o si se lo entrega a otro para bien o para mal». Para Murmann (20), la equiparación desemboca «en un reconocimiento de la insignificancia normativa de la delimitación entre autopuesta y heteropuesta en peligro que no está justificada materialmente». Grünwald (21) exige que se aclare «si un resultado lesivo puede imputarse al ámbito de responsabilidad de la otra persona ('autor') o a la de quien se pone a sí mismo en peligro. En un caso existe una heteropuesta en peligro consentida y, por tanto, un hecho en el que la responsabilidad penal en principio es posible; en el otro caso, se trata de una autopuesta en peligro en la que, si se lleva a cabo bajo la propia responsabilidad, se rechaza casi sin excepción la responsabilidad penal del partícipe en la autopuesta.

---

(18) PUPPE, *ATI*, 2002, § 6 n. m. 7.

(19) LASSON, *ZJS* 2009, pp. 359 y ss. (366).

(20) MURMANN, *Puppe-FS*, pp. 767 y ss. (775-776).

(21) GRÜNEWALD, *GA* 2012, pp. 364 y ss. (365).

Lotz (22) también llega al mismo resultado: «Exponerse a la falta de cuidado ajeno en la ejecución de un acto peligroso exige criterios diferentes a los que se aplican a la autopuesta en peligro para discernir si el acontecimiento sigue siendo expresión de la autodeterminación». Asimismo, el *BGH* (*Bundesgerichtshof*, Tribunal Supremo alemán) (23) y varios *Oberlandesgerichte* (*Tribunales Superiores de Justicia*) –que se examinarán más adelante– han adoptado la distinción entre autopuesta y heteropuesta en peligro consentida.

### III. LA TEORÍA DE LA PUNICIÓN

Algunos defensores, mantienen, sin embargo, la opinión contraria, que lleva a la punibilidad del que pone en peligro en todos los casos de heteropuesta en peligro consentida. Así, dice Gimbernat (24): «Hay que afirmar que la heteropuesta en peligro consentida es siempre punible, mientras que la participación en una autopuesta en peligro libremente responsable es impune». Para ello, se basa en la regulación legal de los delitos dolosos contenida en los §§ 216 y 228 StGB\*, lo que también debe reflejarse en la causación imprudente de una heteropuesta en peligro consentida. Tampoco (25) «se habría expuesto de manera convincente» de qué manera el principio de autorresponsabilidad utilizado para fundamentar la impunidad «debe derivarse de la regulación legal».

A esta solución llega también Hauck (26) con una fundamentación similar (27): Al intento de «declarar la disponibilidad de la vida humana se oponen intereses públicos importantes en forma de lesividad social y de la función tabuizadora». Por ello, es necesario «proteger la existencia humana también de las declaraciones voluntarias de renuncia». «Esta falta de disponibilidad de vida humana rige de manera ilimitada y sin gradación respecto al ataque a la vida con independencia de su naturaleza y alcance».

---

(22) LOTZ (nota a pie 7), p. 249; de manera ambivalente MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, 2013, pp. 40 y 41.

(23) BGHSt 53, pp. 55 y ss., donde el primer postulado se basa ya en esta diferenciación.

(24) GIMBERNAT, *Wolter-FS*, p. 400.

\* El § 216 StGB regula el homicidio consentido y el § 228 StGB, las lesiones consentidas [N. de la T.].

(25) GIMBERNAT, *Wolter-FS*, p. 401.

(26) HAUCK, *GA* 2012, pp. 202 y ss.

(27) HAUCK, *GA* 2012, pp. 218 y 219.

Sin embargo, esta solución tampoco resulta convincente. Porque no podrá trasladarse sin más a los peligros de la conducción la regulación de las lesiones dolosas contenida en los §§ 216 y 228 StGB. Las constelaciones de problemas no son idénticas: Cuando solo se trata de riesgos cuya materialización quieren evitar todos los intervinientes, se puede permitir que el consentimiento de la víctima excluyente de la responsabilidad penal se otorgue de forma más generosa que en el caso de lesiones dolosas. Una aplicación irreflexiva de los §§ 216 y 228 StGB a los delitos imprudentes podría incluso ser inconstitucional por constituir una violación de la prohibición de la analogía.

También puede plantearse una objeción rotunda contra la suposición de que la autorresponsabilidad de la víctima no puede fundamentarse suficientemente en el caso de una heteropuesta en peligro consentida (Gimbernat) y que la «indisponibilidad de la vida humana» (Hauck) prohíbe, sin excepción, la absolución en la heteropuesta en peligro. Esto deriva de que, como ambos autores admiten, tampoco puede llevar a la punición de otra persona su participación en la autopuesta en peligro autorresponsable. Porque son imaginables heteropuestas en peligro consentidas que, normativamente, equivalgan completamente a una autopuesta en peligro y que, por lo tanto, también deben quedar impunes.

Así lo muestra, por ejemplo, el caso juzgado por el BayObLG (28) (Bayerisches Oberlandesgericht, Tribunal Superior de justicia de Baviera) en el que una mujer había insistido en mantener relaciones sexuales sin protección con un infectado de sida, aunque el hombre «inicialmente se había opuesto decididamente a tal solicitud» y había advertido a la mujer «de los peligros de una relación sexual sin protección, de las consecuencias posiblemente mortales de una infección y de la ausencia de posibilidad de curación». El BayObLG ha admitido aquí una «libre y autorresponsable autopuesta en peligro» de la mujer y de esta manera ha llegado a la absolución. Lo correcto sería admitir una heteropuesta en peligro consentida, porque el peligro provino únicamente del hombre infectado. Pero, en cualquier caso, lo correcto es que, desde puntos de vista normativos, el comportamiento de la mujer equivaldría totalmente a una autopuesta en peligro, por lo que procedía la absolución del hombre. Tampoco la teoría de la punición lleva siempre al resultado correcto.

---

(28) *JR* 1990, pp. 473 y 474.

#### IV. LA TEORÍA DIFERENCIADORA DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO

Mis dos ejemplos (conducir en estado de ebriedad e infección por el sida) ya muestran que se debe diferenciar. Cuando aquel que se somete a una heteropuesta en peligro tiene la misma (o incluso, una mayor) responsabilidad en la creación de la puesta en peligro que el sujeto que pone en peligro, entonces su comportamiento equivale a una autopuesta en peligro, por lo que la heteropuesta, como participación en una autopuesta, debe quedar impune. Si, por el contrario, el sujeto que pone en peligro tiene una mayor responsabilidad, la heteropuesta consentida es punible.

Por consiguiente, mediante una concreción de este principio rector, resultan impunes dos grupos de casos de heteropuestas en peligro consentidas. El primero se da cuando la puesta en peligro resulta de una iniciativa del sujeto al que se pone en peligro que vence las objeciones del sujeto que lo pone en peligro (1). El segundo se presenta cuando se puede demostrar una conformación equivalente y conjunta de la puesta en peligro por parte de los intervinientes (2).

1. Un ejemplo del primer tipo que se ha citado lo proporciona el caso del sida juzgado por el BayObLG, en el que solo la mujer, a través de su influencia dominante, provocó la relación sexual sin protección y con ello el contagio. El hecho de que con frecuencia incluso se admita aquí una autopuesta en peligro, pone de manifiesto la necesidad de una equiparación al menos desde un punto de vista normativo. En cambio, cuando el hombre infectado hubiera solicitado la relación sexual sin protección como «prueba de amor» en contra de las objeciones de su novia, como en el caso ideado por Puppe, él habría tenido la responsabilidad determinante en el nacimiento de la situación de peligro y, consecuentemente, sería responsable de unas lesiones. El comportamiento de la mujer habría que interpretarlo, entonces, como el sometimiento a la voluntad del hombre y sustraerlo al principio de autorresponsabilidad.

Lo mismo se aplica a la conducción bajo los efectos del alcohol. En el ejemplo que he puesto, el acompañante, en contra de sus verdaderos deseos, cedió a la petición del conductor, quien, por lo tanto, tenía la responsabilidad primaria del suceso y, por ello, asimismo debía asumir la responsabilidad penal. Aquí también habría que decidir de otro modo si el pasajero hubiera incitado al conductor para que le llevara con él conociendo su incapacidad para conducir debido al alcohol y en contra de sus advertencias. Entonces habría actuado «por

su cuenta y riesgo», de modo que la heteropuesta en peligro consentida sería equivalente a una autopuesta en peligro y el conductor (salvo por lo que respecta al § 316 StGB) quedaría impune.

Sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad, no bastaría para eximir a un conductor incapaz de conducir debido a la embriaguez el hecho de que el acompañante herido en el accidente le hubiera preguntado simplemente: «¿Puedo ir con contigo?» Sino que más bien, debería haber advertido a la que sería posteriormente víctima del accidente condicionado por la embriaguez de que ya no podía conducir con completa seguridad debido al consumo de alcohol precedente. Puesto que éste conoce peor la medida del aguante de aquél para la bebida y cuánto alcohol ha consumido. Solo si el acompañante ha hecho caso omiso de la advertencia del conductor, su comportamiento puede equipararse a una autopuesta en peligro. Así juzgó también el OLG (*Oberlandesgericht*, Tribunal Superior de Justicia) de Koblenz (29) el caso de una conducción bajo los efectos del alcohol. El Tribunal se basa hipotéticamente en mi propuesta «según la cual, el sujeto que es puesto en peligro debe tener la misma responsabilidad por la actividad conjunta que el sujeto que pone en peligro» si se quiere que la heteropuesta en peligro consentida sea impune. «Partiendo de ello, en el presente caso de conducción de un vehículo a motor infringiendo las normas de tráfico, no se podría hablar en ningún caso de la mera participación pasiva en el riesgo por parte del lesionado como causa de la lesión».

Por lo demás, la idea de que la responsabilidad del lesionado en la creación de la puesta en peligro conduce a la impunidad de la heteropuesta en peligro consentida, ha desempeñado un papel considerable en la jurisprudencia, aunque no se haya expresado claramente y se haya recubierto a menudo de otras fundamentaciones. Ya en el famoso caso Memel (30), que hasta el día de hoy constituye un clásico ejemplo de heteropuesta en peligro consentida, «el barquero había señalado repetida y enérgicamente la naturaleza peligrosa de la empresa a los dos viajeros» que querían cruzar el río «a pesar de la tormenta y la crecida del río, y solo por la insistencia de aquéllos y cuando pusieron en duda su valor personal, cedió a regañadientes y, por generosidad y para mostrarse amable con ellos, puso en juego su propia vida». El RG (*Reichsgericht*, Tribunal Supremo imperial) basó la absolución del barquero en su falta de violación del deber de cuidado. Pero ello es solo una formulación poco clara de la idea de que la responsabilidad penalmente relevante por el acontecimiento recaía en los dos viajeros,

---

(29) *BeckRS* 2002, 30252527.

(30) *RGSt* 57, 172.

de modo que su comportamiento era normativamente equiparable a una autopuesta en peligro.

Lo mismo rige para el caso de la furgoneta juzgado por el OLG de Zweibrücken (31). Aquí un trabajador se había colocado sobre la insegura superficie de carga de un vehículo; en un accidente sin culpa del conductor, fue derribado y murió. Inicialmente, el conductor se había negado a llevarlo en el coche con él debido a la falta de asientos. Sin embargo, la posterior víctima se subió por detrás y se sentó en el suelo. También en este caso está claro que la responsabilidad principal del fatal suceso recaía en el propio accidentado, de modo que la heteropuesta en peligro consentida equivale, en términos normativos, a una autopuesta en peligro. Esta circunstancia justifica la absolución del conductor.

2. También crea una responsabilidad equivalente el hecho de que el sujeto que pone en peligro y el sujeto que es puesto en peligro conciben y lleven a cabo un proyecto común de peligro. Un ejemplo de este tipo lo proporciona el «caso de los surfistas del automóvil» (32). Aquí, cinco amigos se habían puesto de acuerdo en que uno de ellos (A) conduciría el automóvil, mientras que los otros cuatro se echarían sobre el techo, «manteniéndose agarrados a los marcos de las ventanillas o entre sí». Durante la marcha del vehículo se intercambiaban los puestos. Durante uno de los viajes realizados por A, V se cayó del techo en una curva y resultó gravemente herido.

El OLG de Düsseldorf condenó a A por lesiones imprudentes. Sin embargo, lo correcto sería asumir que V tenía la misma responsabilidad que A por lo sucedido, porque se trataba de un proyecto común de peligro. Puesto que los surfistas no solo se han expuesto a un peligro, sino que, mediante su comportamiento, lo han co-creado. A este resultado también llega Hammer, (33) adhiriéndose a mi propuesta de solución basada en la responsabilidad equivalente. «La superación de la peligrosa situación» había sido «precisamente el objetivo de la participación de V en el acto peligroso». «El resultado lesivo no es imputable a A como obra suya».

En la doctrina, esta concepción ha encontrado una recepción dispar. Menrath (34) la describe como «una de las más influyentes en la discusión actual» y enumera, al menos, once seguidores. Habla de una «teoría de la equiparación restringida» y señala que la jurisprudencia también ha mostrado «cuando menos, interés en ella» (a diferencia de la

(31) *JR* 1994, pp. 518 y ss.

(32) OLG de Düsseldorf *NSiZ-RR* 1997, pp. 325 y ss.; al respecto, HAMMER, *JuS* 1998, pp. 785 y ss.

(33) HAMMER, *JuS* 1998, p. 788.

(34) MENRATH (nota a pie 21), pp. 109 y 110.

teoría de la equiparación absoluta). De hecho, tanto el OLG de Zweibrücken (35) como el OLG de Koblenz (36) se remitieron a una reproducción literal de mis tesis. También en la BGHSt (*Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Sentencia del Tribunal Supremo alemán en materia penal) 53, pp. 61 y 62, se hace referencia a ellas.

Por otra parte, también a menudo han sido objeto de un firme rechazo. Según Stratenwerth (37), falta «una explicación plausible para el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en el consentimiento en la lesión de bienes vitales, en su mera puesta en peligro se deba depender de si el afectado ha sido motivado por otros para consentir, y en qué medida». Murmann (38) considera que: «Si la intensidad de una «inducción» hecha por la víctima es el factor decisivo, entonces la responsabilidad es sumamente difusa y, además, dependiente de consideraciones de equidad alejadas de la tipicidad». A Menrath (39) le parece que es un «misterio» «cómo es posible que se pueda compensar un «plus» de iniciativa antes de la ejecución del hecho con un «minus» de dominio del riesgo cuando el hecho se ejecuta de tal manera que, al final, desde criterios de responsabilidad, se llega al resultado de que equivalga «autoponerse en peligro=ser puesto en peligro»». Tonio Walter (40), siempre que no concurra una coacción delictiva, opina que «en todos los casos... se espera del sujeto puesto en peligro que se resista «autoafirmándose reflexivamente» a las pretensiones del que pone en peligro. Y, por ello, es él el único que tiene la responsabilidad jurídica por su acción».

Las dos monografías más recientes se expresan, sin embargo, de forma diferente. Jetzer procede de manera contradictoria. Por una parte, dice (41) que falta «toda fundamentación de por qué la solución debe depender de quién ha sido la fuerza impulsora del acontecimiento peligroso. Con ello se está colocando en el centro del problema un criterio de equidad que no puede ser el decisivo». Por otra (42), sin embargo, subraya que «cuando el titular del bien jurídico insta o incluso apremia al otro para que lo (hetero-) ponga en peligro porque no puede hacerlo por sí mismo (se podría pensar, por ejemplo, en los juegos sexuales o en el caso del «cruce»), asume, dentro de las formas de participación, el papel de inductor en cierta medida».

---

(35) Como en la nota a pie 30.

(36) Como en la nota a pie 28.

(37) STRATENWERTH, *Puppe-FS*, pp. 1023 y 1024.

(38) MURMANN, *Puppe-Fs*, p. 789, n. m. 89.

(39) MENRATH (nota a pie 21), p. 116.

(40) TONIO WALTER, *NStZ* 2013, p. 678.

(41) JETZER (nota a pie 15), p. 107.

(42) JETZER (nota a pie 15), pp. 89 y 90.



En gran medida argumenta Lotz (43) en la misma línea que la mía. Para la atribución de responsabilidad, dejando a un lado la prohibición de puesta en peligro, destaca que «no es infrecuente que, en los casos de la jurisprudencia, la propia víctima inste, pida, determine o exija actuar al presunto autor o, en otras palabras, provoque el propio peligro y sea, por ello, de alguna manera, la verdadera artífice del peligro». Esto se plasma también en su solución (véase VI. 5.).

Los que se oponen a la opinión que defiendo carecen en su mayoría de una fundamentación suficiente. Esto se debe, en primer lugar, a que una diferenciación resulta inevitable porque, como se ha explicado anteriormente (II, III), no resultan satisfactorias ni una impunidad general, ni una punibilidad sin excepciones de la heteropuesta en peligro consentida como solución igualmente válida para todos los casos. Cuando Stratenwerth basa su alegato en favor de la impunidad general de la heteropuesta en peligro consentida en el hecho de que el consentimiento en la lesión dolosa de bienes vitales, incluso en el caso de que la iniciativa la haya tomado otro, sería impune, está ignorando que la persona que consiente en una lesión quiere el resultado, lo que precisamente no sucede en el caso de una heteropuesta en peligro consentida.

Por lo que se refiere a los requisitos de diferenciación, cabe manifestar lo siguiente: Ciertamente no equivale a una inducción, en sentido jurídico-penal, motivar al sujeto creador del peligro, a pesar de sus objeciones, a la acción de peligro (grupo de casos 1), pero se corresponde con ella en su alcance por la responsabilidad de lo sucedido. Y una actividad co-conformadora del proyecto arriesgado por parte de la persona sometida al peligro (grupo de casos 2) no es tampoco, en sentido jurídico-penal, una coautoría, pero fundamenta, sin embargo, una responsabilidad equivalente a la misma. Dado que la inducción y la coautoría son tratadas, en lo que respecta a punibilidad, «de la misma manera que el autor» o «como autor» (§§ 26 y 25 II StGB), los dos grupos de casos que he mencionado de heteropuesta en peligro consentida equivalen normativamente a la autoría de una autopuesta en peligro. Ya en el Libro Homenaje a Gallas (44) me referí a la construcción civil de la «actuación por cuenta y riesgo propios». También este punto de vista apoya una solución según la cual allí donde el propio lesionado ha «provocado» el peligro (Lotz) o ha contribuido activamente a configurarlo, éste no debe ser tratado como «víctima» (Jetzer), sino como autor de una autopuesta en peligro.

Con esto me parece que los grupos de casos esenciales de la impune heteropuesta en peligro consentida están cubiertos de una

---

(43) LOTZ (nota a pie 7), p. 152.

(44) ROXIN, *Gallas-FS*, p. 251.

manera factible. No puedo admitir una imprecisión de los resultados, reprochada por los críticos, que vaya más allá de los problemas de delimitación propios de toda diferenciación jurídica.

## V. CUESTIONES CONSTRUCTIVAS

La solución que propongo tiene, además, la ventaja de relativizar el significado de dos problemas constructivos muy controvertidos.

### 1. La delimitación entre autopuesta y heteropuesta en peligro consentida

La jurisprudencia se orienta fundamentalmente por el dominio del hecho. Consecuentemente, la posesión del mismo fundamenta una autopuesta en peligro; su ausencia, una heteropuesta. Ya en la BGHSt 53, p. 55, constituye el primer postulado jurídico el siguiente: «En los delitos imprudentes, la delimitación entre la auto y la heteropuesta en peligro consentida depende del dominio del hecho».

Entretanto, se ha impuesto la opinión de que ésta no es una solución adecuada (45). Puesto que en los delitos imprudentes nadie tiene el dominio del hecho porque el resultado se produce contra la voluntad de los intervinientes, es decir, no es controlado por nadie. Por ello, propuse hacerlo depender de (46) «quién es responsable del peligro que conduce directamente al resultado. Si este peligro proviene de la víctima,... entonces existe una autopuesta en peligro... Si, por el contrario, este peligro proviene de otra persona que no sea la víctima,... entonces se trata de una heteropuesta en peligro consentida». Parece que esta forma de delimitación se está imponiendo poco a poco. Así, afirma Lotz (47): «La más convincente... es la fórmula de Roxin de «tener en las manos» el último acto de menoscabo del bien jurídico en el momento del *point of no return*». El BGH también se aproxima a esta concepción cuando –con referencia a otros autores– afirma (48): «En la comprobación de quién tiene el dominio de la puesta en peligro, adquiere una especial significación el acontecimiento que lleva inmediatamente a la producción del resultado».

---

(45) Con una fundamentación más detallada, ROXIN, GA 2012, pp. 658 y ss.

(46) ROXIN, GA 2012, p. 659.

(47) LOTZ (nota a pie 7), p. 183.

(48) BGHSt 53, p. 61.

Es cierto que en el caso del sida juzgado por el BayObLG (grupo de casos 1) como en el caso de los surfistas del automóvil (grupo de casos 2), en lugar de una impune heteropuesta en peligro consentida, se podría hablar, como de hecho sucede con frecuencia, de una autopuesta en peligro responsable. Por ello, Jetzer (49) incluso considera que no tiene sentido diferenciar entre la participación en una autopuesta y una heteropuesta en peligro (o solo cuando, como en el caso de la entrega de una jeringuilla de heroína, la acción de la víctima como autora, es la última que sucede en el tiempo).

Si, como aquí sucede, uno se orienta por la equiparación de la responsabilidad por la puesta en peligro, estos problemas de delimitación pierden su importancia. Puesto que en los ejemplos, independientemente de que se asuma una heteropuesta en peligro consentida o una autopuesta en peligro: El que pone en peligro siempre está exento de pena, porque el sujeto puesto en peligro tiene la misma responsabilidad por el acontecimiento. Esto conduce a una facilitación de la creación de Derecho.

## 2. **¿Se basa la impunidad de una heteropuesta en peligro consentida en la exclusión de la imputación objetiva, o en el consentimiento del que está en peligro?**

Según la opinión que aquí se defiende, la heteropuesta en peligro consentida lleva a la exclusión de la imputación objetiva, es decir, a la atipicidad, si el que crea el peligro tiene la misma o mayor responsabilidad por el acontecimiento que la persona que está en peligro. Por el contrario, numerosos autores y también el BGH, en la medida en que afirman la impunidad, basan la misma en el consentimiento en el riesgo por parte del que está en peligro.

La exclusión de la tipicidad puede fundamentarse en el hecho de que la heteropuesta en peligro consentida, en caso de responsabilidad equivalente del sujeto que está en peligro, es normativamente equivalente a una autopuesta en peligro atípica. Frister (50) se opone a ello con la aprobación de Menrath (51): «Si ya el consentimiento en la lesión de un bien jurídico no excluye la tipicidad, menos aún puede tener este efecto el consentimiento en la puesta en peligro». Pasa con ello por alto el hecho de que no es el consentimiento en una lesión lo que constituye el término de la comparación, sino la autopuesta en

---

(49) JETZER (nota a pie 15), p. 98.

(50) FRISTER, *AT*, 7.<sup>a</sup> ed., 2015, 15/14.

(51) MENRATH (nota a pie 21), p. 111.

peligro responsable. Si la impunidad de una heteropuesta en peligro consentida es normativamente equivalente a un autopuesta en peligro, entonces la cooperación en la primera debe ser tan atípica como la participación en una autopuesta en peligro.

Con independencia de esto, existen numerosas razones en contra de una solución basada en el consentimiento que ya he explicado (52) y que no voy a repetir aquí (53). Lo dejaré zanjado con una observación: Resulta difícilmente imaginable que alguien, en los supuestos peligrosos, por un lado, hubiera confiado en que el resultado lesivo no se produjera, y por otro, hubiera consentido en que se produjera ese resultado.

En cualquier caso, la disputa continúa hasta el día de hoy. Menrath (54) y Jetzer (55) abogan por el consentimiento, mientras que Lasson (56) califica como «totalmente insostenible la renuncia del consentimiento a la vinculación con el resultado». Stefanopoulou (57) llega, en una investigación especial, a la misma conclusión con la fundamentación de que «el resultado constituye un elemento indispensable del consentimiento». También Lotz (58) subraya, tras una investigación detallada, que «la solución del consentimiento ofrece un punto de partida erróneo para el tratamiento del problema».

El final del debate no se vislumbra. En vista de ello, si uno quiere insistir absolutamente en la construcción del consentimiento, facilita considerablemente la creación de Derecho el que también pueda integrarse en aquélla la impunidad de la heteropuesta en peligro consentida en el caso de responsabilidad equivalente del sujeto que es puesto en peligro. Se debe entonces hacer de la responsabilidad equivalente de quien es puesto en peligro un requisito para la eficacia del consentimiento, lo cual es posible gracias a la ausencia de una concreción legal de los criterios relevantes para el consentimiento.

Frister (59) afirma, por ello, con razón, que «no hay que sobrevalorar» la disputa sobre la clasificación dogmática de la impune heteropuesta en peligro consentida. También Menrath (60) cree que «se debe admitir que el debate... sigue todavía su curso y que la doctrina de la teoría de la imputación objetiva en absoluto ha sido debatida en su totalidad... ». Así, el OLG de Zweibrücken en el caso de la furgoneta asu-

---

(52) ROXIN, *GA* 2012, pp. 660-663.

(53) En contra, detalladamente, TONIO WALTER, *NStZ* 2013, pp. 667 y 668.

(54) MENRATH (nota a pie 21), pp. 205 y 206.

(55) JETZER (nota a pie 15), p. 165.

(56) LASSON, *ZJS* 2009, pp. 359 y ss. (366).

(57) STEFANOPOULOU, *ZStW* 124 (2012), pp. 689 y ss. (709).

(58) LOTZ (nota a pie 7), pp. 214 y 215.

(59) FRISTER, *AT*, 15/15.

(60) MENRATH (nota a pie 21), p. 112.

mió mi propuesta de solución literalmente, pero, sin embargo, trató de incluir y reevaluar «las consideraciones desarrolladas para el consentimiento justificante» (61). Dölling (62) juzga esto como un intento de «incorporar las ideas de Roxin a la teoría del consentimiento».

En resumen, puede decirse que en una heteropuesta en peligro consentida con responsabilidad equivalente de aquel que se pone en peligro también puede plantearse la impunidad si, en lugar de una exclusión de la imputación objetiva, se asume un consentimiento justificante (o también excluyente de la tipicidad).

## VI. OTRAS DIFERENCIACIONES

Junto a mi propuesta de solución, existen múltiples diferenciaciones que requieren ser comentadas.

### 1. La provocación dolosa de un peligro concreto para la vida, ¿excluye una impune heteropuesta en peligro consentida?

Ésta es, sobre todo, una tesis central del BGH. Cito solo de la BGHSt 53, p. 63 (n. m. 29), que resume la jurisprudencia: «Si una norma... persigue exclusivamente la protección de los bienes jurídicos individuales (como en los §§ 222\* y 229 StGB), el consentimiento pierde su efecto justificante solo cuando se cruza el límite de la contrariedad a las buenas costumbres, es decir, cuando existe un peligro concreto de muerte, independientemente de la lesión jurídica que se haya producido». «Estos principios han sido trasladados por el BGH a los casos en los que la posterior víctima consintió en el riesgo de su propia muerte y finalmente... ésta se hizo realidad» (n. m. 28). Esta solución ha encontrado una gran aprobación. Lotz (63) la describe como la opinión dominante. Jäger (64), por ejemplo, afirma: «Siempre podrá asumirse un consentimiento si la aceptación del heterorriesgo, desde un punto de vista *ex-ante*, puede llevar solamente a lesiones leves, o si existían razones objetivamente reconocibles que, en una valoración *ex-ante*, apun-

(61) JR 1994, p. 519.

(62) DÖLLING en su comentario en JR 1994, pp. 520 y 521 (521).

\* El § 222 StGB regula el homicidio imprudente [N. de la T.].

(63) LOTZ (nota a pie 7), p. 233 nota a pie 143, con indicaciones detalladas.

(64) JÄGER, *Schünemann-FS*, p. 423; también MURMANN en *Puppe-FS*, pp. 784 y ss.; MENRATH (nota a pie 21), p. 206 (a favor de una «dimensión de riesgo elevada»).

taban a un control específico del riesgo o, en todo caso, a un riesgo abstracto para la vida». Sin embargo, pueden aducirse varios argumentos en contra. Mencionaré los cuatro más importantes (65).

a) En primer lugar, el Derecho positivo se opone a la aplicación de la cláusula de la contrariedad a las buenas costumbres a los delitos imprudentes. Pues según su posición sistemática, el § 228 StGB se refiere únicamente a los delitos dolosos y no al supuesto de lesiones imprudentes, cuya regulación aparece solo después de la del consentimiento. Su extensión a los peligros para la vida concretos e imprudentes podría violar la prohibición de la analogía.

b) También hay que tener en cuenta que una protección penal frente a las lesiones dolosas es mucho más indicada tanto para el interés general como para el de la víctima que en el caso de una simple puesta en peligro imprudente, en la que ambos intervinientes confían en un buen resultado y en la que el peligro potencial no alcanza el mismo nivel. Esto también afecta a la libertad de decisión de la víctima. Lotz (66) afirma acertadamente que la línea del paternalismo se rebasaría si «con la aplicación del § 228 StGB se estigmatizara cualquier heteropuesta en peligro que ponga en peligro concreto la vida, sin que hubiera que tener en cuenta, frente a la heterolesión, su mucha menor propensión a producir daños». Grünwald (67) también subraya: «Es difícil oponer respecto de una persona que está en plena posesión de sus facultades mentales y que no muestra carecer de juicio, que su decisión de entrar en una situación peligrosa para su vida no es razonable y que, por ello, el consentimiento dado es ineficaz».

c) Esto no solo socava el derecho a la autodeterminación (68). Tampoco procede una punición del sujeto que pone en peligro cuando la mayor responsabilidad del suceso recae en el sujeto al que se pone en peligro, de modo que su comportamiento es normativamente equiparable a una autopuesta en peligro. Así lo demuestra claramente el famoso caso del barquero sobre el que Jäger (69) afirma: «El barquero ha... llevado a su pasajero, a través del cruce, sin duda, a una situación concreta que pone en peligro su vida... Por lo tanto, el barquero es punible por homicidio imprudente». Ello se debe a que se trata de una «heteropuesta en peligro que va en contra de las concepciones jurídi-

---

(65) LOTZ proporciona una discusión a fondo (nota a pie 7), pp. 223-234, rechazando recurrir a los §§ 216 y 228 StGB y declarándose a favor de que sea siempre punible el peligro concreto para la vida.

(66) LOTZ (nota a pie 7), p. 233.

(67) GRÜNEWALD, GA 2012, p. 376.

(68) LOTZ (nota a pie 7), p. 233.

(69) JÄGER, *Schünemann-FS*, p 433.

cas que informan los §§ 216 y 228 StGB». Ni siquiera el RG condenó en este caso. Esta solución tampoco tiene en absoluto en cuenta el hecho de que, incluso en el caso de homicidio doloso, si se produce una petición expresa y seria de la víctima, se produce una reducción significativa de la pena la cual no está prevista en la imprudencia, por lo que en tal caso debería llegarse a la impunidad.

d) Por último, hay que tener en cuenta que con «el riesgo concreto para la vida» en un comportamiento solamente imprudente, se escoge una medida de delimitación ciertamente insegura. Incluso en el caso del barquero, su presencia no es tan «indudable» como Jäger cree. Puesto que nadie ha determinado cuán alta era la probabilidad de zozobrar en una valoración *ex ante*. Lo mismo se aplica al riesgo que corrieron los surfistas del automóvil con sus formas temerarias de agarrarse. A ello hay que añadir que, cuando se ha producido una lesión, se tiende fácilmente a atribuirle a un peligro concreto. Esto también puede llevar a una sobrecarga de la punibilidad de las heteropuestas en peligro consentidas.

## 2. ¿Se excluye la impunidad de la heteropuesta en peligro consentida si el comportamiento arriesgado viola una prohibición legal expresa?

Esto ha sido ampliamente aceptado por la jurisprudencia antigua (70). En los últimos tiempos, solo se aplica de forma limitada (71). En lo que respecta a los peligros del tráfico viario, el BGH considera ahora que no es cierto que, «en caso de violación de los deberes de la diligencia debida relacionados con el tráfico, el consentimiento del afectado en el comportamiento peligroso de otro carezca de toda significación jurídica. El efecto justificante del consentimiento en comportamientos de riesgo solo excluye aquellos tipos que sirven, también, al menos, para proteger la seguridad del tráfico viario en general (§§ 315b y 315c StGB\*)».

Pero eso tampoco convence. Porque el autor que menoscaba la seguridad del tráfico viario es castigado con arreglo a los §§ 315b y 315c StGB. Sin embargo, esto no significa que una persona individualmente afectada no pueda asumir el riesgo que haya incitado o

---

(70) Véase al respecto ya ROXIN, *Gallas-FS*, p. 251 con referencias a GEPPERT *ZStW* 83 (1971), pp. 947 y ss. (994).

(71) BGHSt 53, p. 63 (n. m. 29).

\* El § 315b StGB castiga las intervenciones peligrosas en el tráfico viario. El § 315c, por su parte, regula la puesta en peligro del tráfico viario [N. de la T.].

contribuido a crear para su persona con la consecuencia jurídica de la impunidad de la heteropuesta en peligro de otro. La seguridad del tráfico viario en general no se ve afectada de ninguna manera y, por tanto, no debería servir de fundamento de la sanción.

**3. La cuestión de si el sujeto que pone en peligro ha infringido el deber de cuidado hacia el sujeto que es puesto en peligro, ¿decide sobre la punibilidad de la heteropuesta en peligro?**

La jurisprudencia más antigua había hecho depender la impunidad de la heteropuesta en peligro consentida de la falta de violación del deber de cuidado por parte del sujeto que ponía en peligro. Así había juzgado el RG el caso Memel, y el BGH siguió su ejemplo en su primera jurisprudencia (72): «En la jurisprudencia no se califica como infracción de un deber el hecho de que, en el caso de una actividad peligrosa realizada por personas adultas y sensatas, alguien, en claro conocimiento del peligro, lo asuma y muera en un accidente, habiendo cumplido la otra persona con su deber general de cuidado. La Sala está de acuerdo con ello...». La infracción del deber «dependerá de las circunstancias del caso», cuya ponderación individual «se deja al arbitrio judicial».

Resulta evidente que no constituye una solución adecuada (73). Porque si la valoración de la infracción de deber y, por lo tanto, de la punibilidad, se deja al arbitrio judicial, existe una clara violación del mandato constitucional del principio de certeza de la ley penal.

**4. ¿Debe excluirse la impunidad de una heteropuesta en peligro consentida ante un consentimiento precipitado en un riesgo para la vida?**

Ésta es la opinión que defiende Jetzer (74): El efecto justificante del consentimiento solo puede «negarse cuando (hay incertidumbre de que) no se base en una decisión bien meditada de la víctima o cuando deba asumirse que la víctima se arrepentirá de su decisión.

---

(72) BGHSt 7, pp. 112 y ss. (115). Al respecto, algunos representantes de la teoría de la equiparación basan la impunidad de toda heteropuesta en peligro consentida en la falta de violación del deber de cuidado del sujeto que pone en peligro. Véase ya arriba II.

(73) Véase ya ROXIN, *JZ* 2009, p. 400.

(74) JETZER (nota a pie 15), p. 162 (citado del «Resumen»). En idéntico sentido, MURMANN, *Puppe-FS*, p. 784.



Esta protección frente a la falta de reflexión se aplica solo al consentimiento en un peligro para la vida, mientras que el consentimiento en un peligro para la integridad corporal se permite de manera ilimitada.

Pero incluso este punto de vista, tan obvio como es, no permite una delimitación apropiada. En primer lugar, «el carácter reflexivo» escapa de una comprobación objetiva, ya que, incluso las decisiones insensatas, si se toman de forma autorresponsable, deben juzgarse como «reflexivas», como muestra el ejemplo de los pasajeros en el caso del barquero. Y, en segundo lugar, la cuestión de si «la víctima se arrepentirá de su decisión» depende, lógicamente, del resultado de la conducta peligrosa autorresponsable. Sin embargo, los intervinientes desconocen este extremo en la necesaria valoración *ex-ante*.

## 5. ¿Puede determinarse la impunidad de las heteropuestas en peligro consentidas mediante una combinación de diferentes enfoques?

Semejante solución es la defendida por Lotz (75) en la última y más completa monografía sobre el tema hasta la fecha. Quiere mantener que la heteropuesta en peligro consentida, basándose en la autorresponsabilidad del sujeto que es puesto en peligro, es «en principio impune». No obstante, quiere imponer requisitos más estrictos en la autodeterminación «cuando una norma jurídica que también tiene por objeto proteger al que consiente prohíbe específicamente el acto peligroso o si se trata de un peligro concreto para la vida». En tales casos, «debido a la mayor probabilidad de decisiones no libres y a la menor pretensión de respeto por parte del sujeto que pone en peligro, se requiere, para disponer, una petición seria y explícita en el sentido del § 216 StGB».

El criterio de la «petición» aquí utilizado se corresponde en gran medida con las condiciones que exige para una responsabilidad equivalente del sujeto que es puesto en peligro que fundamente la impunidad. Lotz llega también a resultados bastante similares en la resolución de los famosos casos de la jurisprudencia (76). Sin embargo, me gustaría equiparar con la «petición» la co-creación de la situación peligrosa por parte del sujeto que es puesto en peligro, de modo que en el caso de los surfistas del automóvil el conductor, a quien Lotz quiere castigar (77), tendría que ser absuelto. Además, yo castigaría al sujeto

---

(75) LOTZ (nota a pie 7), p. 312.

(76) LOTZ (nota a pie 7), pp. 312 y ss.

(77) LOTZ (nota a pie 7), pp. 314 y 315.

que lesiona también en el caso de la puesta en peligro de la integridad corporal, independientemente de la existencia de una prohibición concreta, si aquél hubiera obtenido el consentimiento del sujeto al que pone en peligro mediante un apremio persistente.

## VII. RESUMEN

He tratado diferenciaciones adicionales en otros lugares a los que aquí me remito. Así, Luzón Peña (78) quiere hacer del «control objetivo del riesgo por parte de la víctima» un requisito para la impunidad de la heteropuesta en peligro consentida. Zaczyk (79) quiere asumir una heteropuesta en peligro punible si la víctima podía «confiar de una forma jurídicamente segura en que el otro (el autor) dominaba el curso que conducía a la lesión mediante una conducta conforme a deber».

Son imaginables, por lo tanto, numerosas diferenciaciones, ninguna de las cuales se ha impuesto verdaderamente hasta el momento. ¡Que mi artículo contribuya a acercar a una solución consensuada los problemas todavía terriblemente controvertidos de la heteropuesta en peligro consentida!

---

(78) LUZÓN PEÑA, *GA* 2011, pp. 295 y ss.; al respecto, ROXIN, *GA* 2012, pp. 668 y 669.

(79) ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 56; al respecto, ROXIN, *AT I*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 11 n. m. 35. Aquí también se encuentran observaciones sobre otros autores.



# Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

## RESUMEN

*El pensamiento jurídico penal de los últimos tiempos ha construido conceptos técnicos que han enriquecido las doctrinas sobre la autoría. Las aportaciones sobre imputación de autoría en delitos cometidos en el ámbito de grandes organizaciones, la autoría tras la autoría o la doctrina del dominio del hecho, han supuesto grandes avances en la búsqueda de respuestas justas en situaciones en las que la imputación es difícil. Pero el tiempo ha demostrado que, sin cuestionar la utilidad de esas doctrinas, no pueden ser transformadas en reglas útiles para cualquier clase de problema, pues a veces no es necesario recurrir a ellas, o, incluso pueden provocar un resultado indeseable.*

Palabras clave: *autoría, coautoría, autoría mediata, coejecución, participación, dominio.*

## ABSTRACT

*The criminal legal thought of recent times has built technical concepts that have enriched the doctrines of authorship. The contributions to the imputation of authorship in crimes committed in the field of large organizations, the authorship behind the authorship or the doctrine of the Dominion of the fact, have made great strides in the search for fair answers in situations in which the Imputation is difficult. But time has shown that, without questioning the usefulness of these doctrines, they cannot be transformed into useful rules for any kind of problem, because sometimes it is not necessary to resort to them, or they can even provoke an undesirable result.*

Key words: *authorship, coauthorship, mediate authorship, co-execution, participation, domain.*

SUMARIO: 1. Alguna cuestión previa sobre conceptos de autoría.—2. Las soluciones para los delitos generados en organizaciones.—3. Autoría tras la autoría, Coautoría y dominio funcional del hecho.—4. La doctrina del dominio del hecho como pretendida solución.

## 1. ALGUNA CUESTIÓN PREVIA SOBRE CONCEPTOS DE AUTORÍA

La decisión acerca de quién o quiénes han de ser declarados (1) autores de los delitos ocupa un lugar central en los sistemas que diferencian entre autores y partícipes. Nada descubro diciendo que cuando sólo hay un interviniente en el delito los problemas de identificación jurídica del autor se reducen notoriamente; por eso el estudio de la autoría es a la vez el estudio de la participación criminal, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de uno u otro modo en la comisión del delito, y a la pena que les es aplicable en función de esa intervención.

De esa reflexión no puede derivarse, no obstante, que en sucesos en los que solo hay un protagonista la cuestión es sencilla, puesto que ese actor solitario necesariamente tendrá que ser el autor del delito. Eso no es verdad, pues, aunque solo haya intervenido una persona habrá que comprobar que esa persona ha realizado el tipo objetiva y subjetivamente, pues solo así será posible subsumir su conducta en el tipo, única manera legal de afirmar la autoría. La conducta, externa e interna, de un partícipe siempre será diferente de la de un autor principal.

Una segunda advertencia que creo importante, aunque no siempre sea tenida en cuenta entre los dogmáticos «puros», es que la concreta regulación legal de la autoría y la participación tiene una decidida

---

(1) Diferencio entre «ser» y estar «considerado como», pues los Códigos penales, como hace, por ejemplo, el español expresamente diferencia entre autores y sujetos, que realmente son partícipes, que son considerados autores, pero solo para poder imponerles la misma pena.

transcendencia en relación con el concepto de autoría que se quiera sostener.

Los sistemas penales de nuestro tiempo no cumplen con el «ideal» de una teoría del delito única, sino que abundan las excepciones generadoras de «subsistemas», y de eso no se ha librado la teoría de la autoría y participación, que se inició, en los albores de la dogmática moderna, con criterios netamente individualistas, en coherencia con una teoría del delito construida sobre un objeto de valoración integrado por la conducta de uno o pocos individuos aislados. Llegarían las organizaciones criminales, los aparatos de poder, la criminalidad de los entes, la responsabilidad de las personas jurídicas y tantas realidades que, como mínimo, impedirían proseguir con las ideas previas a ellas.

He dicho, en más de una ocasión, y, afortunadamente no soy el único en sostenerlo, que el autor del delito es el sujeto cuya conducta se describe en cada tipo de delito, que, por eso mismo, podría ser juzgado y castigado sin necesidad de acudir a ninguna de las reglas que legalmente disciplinan los temas de la autoría y la participación. Si el legislador, como hace el español, decide castigar igual a otras personas diferentes del autor, será por motivos político-criminales, que se habrán de discutir con otra clase de argumentos.

Soy consciente, claro está, de que esa idea de «subsunción de la conducta en el respectivo tipo de delito» es fácil de expresar, pero no tanto de practicar. Si un tipo se refiere, por ejemplo, a la conducta de un «administrador» y ese administrador es, a su vez, una persona jurídica, tendremos servido un problema difícil. Si una muerte se ha producido por la concurrencia de golpes propinados por varios sujetos sobre otro, pero sin que ningún golpe aisladamente considerado pueda tenerse por mortal, tendremos otro. Si una empresa constructora con problemas de liquidez ha vendido sobre plano la misma vivienda a más de un comprador, y, además, eso lo ha hecho un agente comercial, habrá que decidir quién o quiénes son los que han cometido la estafa de doble venta. Es difícil esperar que unas reglas legales comunes y apriorísticas nos puedan indicar cuál es la decisión justa.

Por lo tanto, es lógico que no se pueda fiar todo a la solución que con claridad se derivará de la ley, y, en consecuencia, cada escuela o dirección dogmática construye sus propias respuestas, en la confianza de que luego sean compatibles con la legislación.

Las consecuencias prácticas de los conceptos doctrinales de autor son, por lo tanto, lo primero que ha de contemplarse, pues bajo la denominación de «consecuencia para la práctica» se encierran dos

problemas: la viabilidad de aplicar el concepto y la coherencia de ese concepto con la justicia material.

Todas las doctrinas causales, y es solo un ejemplo extraído de otro campo, pretendían esclarecer si la conducta de un sujeto concreto era suficiente para declararlo autor, o, por lo menos, autor o causador objetivo del resultado, y ya luego se examinarían las condiciones impuestas por la exigencia de dolo o imprudencia.

Tiempo hubo, claro está, en que las doctrinas de la causalidad influyeron en la determinación de la autoría, y así, siendo causa del resultado toda condición que lo hubiera determinado, devenían autores los que lo fueran de cualquier contribución, y esa idea subyace en el concepto unitario de autor, con la inevitable consecuencia de que se hace imposible diferenciar entre autores y cómplices.

Si alguien propusiera la aplicación de un concepto unitario de autor, sería tildado, a buen seguro, de enemigo de la igualdad en la justicia, por propugnar tratar con el mismo rigor a conductas substancialmente diferentes, por no referirnos a la dificultad de delimitar cuáles son los factores o condiciones que, desde más cerca o más lejos, han propiciado la producción del resultado. En suma, se consideraría inadmisibles e inviables. Pero antes de proseguir o ampliar la crítica, bueno es recordar que nuestro derecho, en orden a la pena que deben sufrir, equipara a autores y partícipes, con la sola excepción del cómplice no necesario.

Otro rasgo «unitarista», y que además afecta a un delito de alto índice estadístico como es el de tráfico de drogas e infracciones vinculadas, se produce cuando se comprueba que la condición de autor del delito el Código deriva simplemente de estar presente en su comisión en cualquier fase y con cualquier clase de contribución. Es indiferente la aportación objetiva o subjetiva.

Se concluye, pues, que es justo y necesario distinguir entre autores y cómplices, y se añade que la tarea no es sencilla, pues, como fácilmente puede comprenderse, la solución pende, especialmente, de la conceptualización de la autoría que se imponga, pues otras ideas que en algún tiempo se habían manejado han mostrado claramente su insuficiencia, como sucede con las pretensiones de encontrar una vía de decantación apoyada en la «actitud subjetiva», que pretende zanjar las dudas declarando autor a todo aquel que estime que el hecho delictivo es «cosa propia».

Como en seguida veremos, el rechazo a las soluciones subjetivistas no significa que el «objetivismo» pueda ser la respuesta justa. Más aún: guiarse por un criterio objetivista puede llevar a soluciones injustas, pues la superioridad de una contribución objetiva no proporciona

necesariamente una imagen de autor. En la contaminación de un río, y es solo un ejemplo, la mayor contribución puede ser la del trabajador que, cumpliendo con las órdenes recibidas, transportó la sustancia tóxica en bidones que arrojó al río, pues es evidente que la responsabilidad por ese delito ambiental ha de buscarse en otro ámbito y, posiblemente, se llegará a declarar responsabilidad penal de la persona jurídica.

## 2. LAS SOLUCIONES PARA LOS DELITOS GENERADOS EN ORGANIZACIONES

En el ámbito de las empresas y otros entes es constante la preocupación por identificar a los que deben responder penalmente por las conductas indebidas, y a veces parece que las reglas tradicionales sobre autoría y participación son más un obstáculo que una vía para dar adecuada respuesta.

En el ejemplo del vertido contaminante, que he propuesto en el apartado anterior, la interpretación tradicional concluirá en que la conducta del directivo que ordenó esa manera de desprenderse de las sustancias tóxicas no puede ser directamente subsumida en el tipo, pues no es lo mismo lanzar que ordenar lanzar, máxime si el subordinado que lanza es también consciente de que se trata de un tóxico. Pero ese análisis sobre la subsunción, si ha de conducir a la impunidad del que dio la orden, no es admisible. En primer lugar, porque la acción del empleado que conscientemente vierte un tóxico porque se lo han ordenado –cosa diferente será si actúa con error de tipo– es constitutiva de delito, con independencia de que al valorar la culpabilidad del sujeto se aduzca que no quiso exponerse a perder su trabajo desobedeciendo.

En cuanto a la imposibilidad de tratar al superior como autor mediato, habiendo un autor doloso y directo, y antes de reducirlo a la condición de partícipe en hecho ajeno, se podrá acudir a la llamada *autoría tras la autoría* (2), modo de imputación que parte de ciertas reflexiones:

---

(2) La idea de una «autoría tras la autoría» fue expuesta en primer lugar por ROXIN («Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate» –Delitos en el ámbito de aparatos organizados de poder– en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963). Posteriormente el primer monografista de esta idea y a quien, por cierto, tuve la oportunidad de escuchar en Barcelona en 1974 sería Friedrich-Christian SCHROEDER, autor del texto esencial sobre la materia (*Der Täter hinter dem Täter; Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft* –El autor tras el autor, una aportación a la teoría de la autoría mediata– Berlín, Duncker & Humblot, 1965).



En el modo de funcionamiento de los aparatos organizados de poder, la conducta y las acciones de los miembros inferiores obedecen a un programa marcado por los dirigentes y asumido por todos. Vista así la cuestión no es razonable pensar que todos y cada uno de los actos de un miembro son «expresión de órdenes específicamente recibidas para aquel caso», en el sentido de la inducción, ni tampoco que son la expresión de la pura y libre voluntad del subordinado.

Eso lleva a sostener que en la autoría mediata han de caber tanto el «clásico» modelo de autor mediato que controla y domina al puro instrumento, como también la de autor mediato que sabe que los que están a sus órdenes «ya saben lo que han de hacer», pues participan de la ideología o del programa del grupo. Será pues una autoría mediata en la que el instrumento también es autor, lo cual alumbra una figura de doble autoría o de autor detrás de otro autor.

Como ya he dicho, la construcción de la autoría tras la autoría nació para las acciones que derivan de la actividad de los aparatos de poder criminales. Se piensa, pues, en las acciones de miembros de organizaciones terroristas, o de narcotráfico, o de extorsión organizada, o de tráfico y explotación de personas. Los «peones» de esas organizaciones no son meros «instrumentos», sino que tienen el preciso adoctrinamiento, por lo que su conducta no se puede explicar autorreferencialmente, sino que solo es valorable en su justa medida en su condición de acción de la organización realizada por una de sus piezas. Podría, tal vez, describirse como una especie de «autoría mediata con instrumento consciente (3) de lo que hace por lo que también es autor», o más correctamente, de autores detrás de los autores.

Hay que advertir, no obstante, que la reducción de la idea de la autoría detrás de la autoría a los casos de los aparatos organizados de poder criminales, que tuvo su sentido en los orígenes de la teoría (asesinatos en la frontera entre las dos Alemanias, cometidos por los policías de la DDR, que serían imputados por igual a ellos y a los dirigentes de la DDR (4)), la limitaría a muy pocos casos. Por eso

---

(3) Idea que no debe confundirse con otras parecidas, como son las de autoría mediata con instrumento doloso no intencional (el instrumento actúa con dolo neutro, pero carece de la finalidad específicamente exigida en el tipo) y autoría mediata con instrumento doloso no cualificado.

(4) El problema de la legalidad aplicable fue resuelto por el Tribunal Constitucional alemán a favor de la corrección de dictar sentencias condenatorias, aunque los hechos fueran conformes con la legislación de la DDR. Se dijo que era una repetición de lo sucedido en Nüremberg. Sobre el tema se abrió un importante debate (*vid.*: R. ALEXY, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del tribunal constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín», *Doxa*, 2000, p. 197 y ss.

mismo puede plantearse si existe o no obstáculo en aplicar esa construcción de la autoría a sucesos que tienen lugar en cualquier clase de organización, sin necesidad de que sea de carácter «criminal».

Ahora bien, hay una serie de puntos que deben ser asumidos como situación de partida:

– La presencia de un ejecutor conocido, que dolosa o imprudentemente cometió el delito en el marco de la actividad empresarial, no puede traducirse por definición en la descarga de responsabilidad penal de todos los directivos. Por lo tanto, ha de caber un posible título de imputación para los casos en los que esos superiores dispusieron de dominio suficiente para evitar que el hecho se produjera.

– Tampoco parece proporcionado, en relación con la aportación a la ofensa al bien jurídico, que los empleados o directivos de nivel medio sean autores, mientras que los altos directivos deban ser relegados a la condición de «meros partícipes», pues, aunque la pena pueda ser la misma, hay consecuencias derivadas del principio de accesoriedad de la participación que deben ser tenidas en cuenta.

– Los dirigentes de una organización empresarial son responsables, en una u otra medida, de lo que producen, lo que ofrecen, lo que la empresa hace y lo que sus empleados hacen en el marco de la actividad de la empresa. Esa idea, que en su momento servirá para construir el concepto de culpabilidad de la persona jurídica basada en el descontrol, es también válida en aquellos delitos para los que no está prevista la posible responsabilidad penal de la persona jurídica.

– No puede descartarse que un delito doloso o imprudente cometido en el ámbito de la actividad empresarial haya de ser exclusivamente imputado al inferior; esto es, tampoco es una regla el que siempre haya de haber un superior implicado, sino que esa es una posibilidad, pues mientras no se cambien los principios esenciales del derecho penal nadie ha de responder por los delitos que otro cometa, aunque sea un subordinado, salvo algunas excepciones.

Recordando estas ideas veamos si la autoría tras la autoría tiene cabida en el derecho español.

### 3. AUTORÍA TRAS LA AUTORÍA, COAUTORÍA Y DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

Se ha dicho que, desde el momento en que está regulada la autoría mediata es posible la autoría detrás de la autoría, puesto que el CP no

exige que el «instrumento» sea un sujeto inconsciente de la significación de lo que hace, aunque así lo sostenga la doctrina, considerando que ser «autor responsable» e «instrumento» a la vez, no es posible. No puede aceptarse tampoco que más atrás haya un sujeto que también sea autor.

Hemos de contemplar la situación a la luz de nuestro derecho penal, aceptando por supuesto que algunas limitaciones se producen tanto en el nuestro como en otros, pues el respeto al principio de legalidad y a los elementos de cada figura de autoría o de participación ha de ser el mismo, del mismo modo que no es posible «encajar» cualquier idea en la legalidad, como la de «acción conjunta producida por la capacidad de influir» o la autoría mediata del directivo habiendo un ejecutor del delito que actuó libre y conscientemente.

A mi modo de ver, tiene razón el sector doctrinal que opina que no es posible ser, a la vez, autor principal de un delito e instrumento en manos del autor mediato. La equivocación es, según creo, querer resolver la viabilidad de la autoría tras la autoría precisamente a través de la institución de la autoría mediata, cuando se ha de tratar como un caso de coautoría inmediata, esto es, considerando que dos o más sujetos pueden ser autores a la vez sin necesidad de acudir a la vía de la autoría mediata.

Sabemos que abundan los casos en que el sujeto que comete un hecho delictivo en el marco de una actividad «empresarial» lo hace de acuerdo con una misión encomendada por sus superiores, aunque sin que se especifique lo que ha de hacer concretamente. Ese «modelo de relación» se puede trasladar a las grandes organizaciones, tanto si son criminales como si no lo son. Hay organizaciones que no han sido creadas para delinquir en las que se pueden cometer delitos por alguno de sus miembros en plena sintonía con los objetivos del grupo y los métodos que ese grupo acepta como válidos (por ejemplo, sistemáticas acciones contra el medio ambiente como consubstanciales al proceso de producción o a las actividades de construcción) (5).

En las organizaciones reguladas por el derecho y que en principio tienen origen lícito y metas lícitas, como son las empresas, cuya organización formal y las misiones y responsabilidades de sus miembros y sus órganos están indicadas por el derecho mercantil, puede decidirse un programa de actuación cuya ejecución vaya a suponer la comisión de un delito. De los obstáculos que entraña la vía de la autoría mediata ya he tratado antes, y, además podría dar lugar a tener que considerar

---

(5) En este trabajo no me ocupo de temas de responsabilidad penal de personas jurídicas ni de programas de prevención de delitos.

coautores mediatos a todos los directivos (6) que hayan votado a favor de realizar un acto que será causante de un delito patrimonial o económico o ambiental, o de la especie que sea.

Llegados a este punto creo que conviene diferenciar entre intervención en la realización del tipo e intervenir en la comisión del hecho. «Tipo» y «hecho» son conceptos diferentes, y el segundo mucho más amplio. Por eso mismo, es posible afirmar que el tipo solamente lo realiza uno, mientras que el hecho puede ser obra de dos.

Lógicamente partimos de un presupuesto: que los directivos han dictado una orden cuyo cumplimiento implica la comisión de un delito, que a su vez ha cometido un subordinado plenamente consciente (de no ser así, sería un caso normal de autoría mediata) de la significación jurídica de lo que hacía. La solución de la autoría mediata con autor doloso ha de ser rechazada (7), pues ni la consiente la ley, ni se da el presupuesto de la autoría mediata: que el dominio del hecho esté en manos del autor mediato.

Así las cosas, solo queda la posibilidad de entender que, en esas situaciones, teniendo en cuenta que el poder de decisión es compartido entre superiores y subordinados (sin entrar en motivos personales para obrar, como pueda ser el miedo al despido u otra cosa) creo que lo correcto es calificar la conducta de todos y cada uno como de coautoría principal del hecho, concepto que, como antes dije, es superior o más amplio que el de acción típica.

Todos pueden ser autores, aunque sus momentos de entrada en escena difieran en la secuencia temporal. Para acoger esa coautoría basta con tener presente que se vincula al hecho, que es un concepto más amplio en el tiempo y en el espacio, y se puede hacer sin forzar el sentido de la ley, esto es, sin acudir a una desmesurada ampliación del concepto de coautoría.

Esta posibilidad de coautoría no simultánea está siendo paulatinamente aceptada, si bien se introducen matices que, en el fondo, son innecesarios, como es, en primer lugar, exigir un «acuerdo previo», aunque sea tácito – retomando una vieja tesis del Tribunal Supremo español hoy desechada – lo cual, además, no tiene base legal. En segundo lugar, se exige, con razón, que cada uno de los autores haga

---

(6) Del mismo parecer, F. MUÑOZ CONDE, «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?», en *Revista Penal*, julio 2000, p. 111 y ss.

(7) Y con mayor motivo habría que rechazar la vía de la inducción, que entraña graves dificultades, destacando dos: que rebaja a los superiores a «partícipes» y, en segundo lugar, que abre el interrogante sobre qué hacer con la llamada inducción en cadena.

una aportación, aunque no sean simultáneas en el tiempo, pero que ponga de manifiesto que todos los coautores tienen dominio funcional del hecho, porque solo así se cumple con lo que dice el Código penal que ha de ser la coautoría (art. 28 CP: los que realizan conjuntamente el hecho), y para que ese adverbio («conjuntamente») pueda considerarse cumplido, será preciso poder afirmar que todos los intervinientes han tenido dominio funcional del hecho, etiqueta que se utiliza cuando se comparte un proyecto en la conciencia que es la conjunción de decisiones la que genera el control.

En resumen: la idea de «dominio funcional» se presenta como derivación del concepto general de «dominio del hecho», que, al parecer, se considera imprescindible para poder sostener que los casos que en doctrina se han designado como supuestos de autoría tras la autoría pueden ser reconducidos objetivamente a la condición de coautoría. Pero para eso no es tan imprescindible el elemento añadido de dominio «funcional» del hecho. Sucede, simplemente, que se considera, sin razón para ello, que el dominio del hecho ha de ser individual o compartido, pero, en cualquier caso, un ingrediente imprescindible, aunque en realidad no lo es tanto, como intentaré exponer en el siguiente apartado.

#### 4. LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO COMO PRETENDIDA SOLUCIÓN

La doctrina del dominio del hecho irrumpió en la dogmática de la teoría de la autoría hace más de cincuenta años, a la vez que entraban ideas nuevas, como el concepto de autoría tras la autoría, al que ya me he referido. Hasta entonces, el debate doctrinal en busca del mejor criterio para sentar las condiciones de la atribución de la condición de autor de un delito se caracterizaba por su reducción a dos posturas enfrentadas, que eran, respectivamente, los conceptos objetivo y subjetivo de autor.

El panorama, por lo tanto, ofrecía, en España, un predominio del concepto objetivo de autor, entendido en sentido material, esto es, considerando autor a quien realizar la aportación más importante en la producción del delito, o bien, quien realizara la acción que mejor se correspondiera con los verbos que en el tipo la describían.

Los conceptos subjetivos de autor fueron perdiendo partidarios a causa de su débil adaptación a las exigencias del principio de legalidad. Muchos años después, bajo otras etiquetas, habrían de regresar. El camino de la indagación sobre el ánimo o espíritu con el que el

sujeto interviene en un hecho ha sido también invocado como criterio adecuado; y así se ha diferenciado entre partícipes según sintieran el hecho como propio o como ajeno, prescindiendo de la contribución causal. Esa pretensión de alcanzar un concepto de autor por vía tan sutil tropieza con la reconocida dificultad de prueba de los procesos interiores y, por otra parte, puede conducir a soluciones abiertamente injustas, pues no puede sostenerse que el «espíritu de partícipe» pueda ser suficiente para calificar la conducta prescindiendo de lo que objetivamente haya hecho.

De un modo constante, los conceptos objetivos, precisamente por su reducción a la entidad material de la intervención de cada sujeto, o la importancia dada a la descripción de la acción, fueron mostrando carencias o deficiencias, que empujaron a la doctrina a buscar otras soluciones.

En ese contexto los finalistas (siguiendo a Welzel) propusieron el concepto de «dominio del hecho» como único válido para identificar al autor. Esta tesis, llamada ser considerada «doctrina dominante», con independencia de las diversas matizaciones que se le hacen por sus diferentes defensores, sostiene, en síntesis, que autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

Desde su divulgación en España, la doctrina del dominio del hecho gozó del aplauso de la doctrina.

El concepto de dominio del hecho, sin perjuicio de su origen finalista, sería desarrollado profundamente por Roxin (8) a partir de su muy conocida obra sobre autoría y dominio del hecho (9). Como recuerda Gimbernat, la teoría del dominio del hecho nació para justificar la punibilidad de la llamada autoría mediata, pero pronto ascendió a concepto común básico de autoría, pues el dominio del hecho en la ejecución de un delito, no lo tiene solamente el autor mediato, sino que lo puede tener cualquier otro interviniente, incluso alguno que ni siquiera está en el escenario o en el desarrollo ejecutivo del hecho.

Evidentemente, la tesis del dominio del hecho se presentaba como una solución que combina elementos objetivos y subjetivos, reconociendo así implícitamente la imposibilidad de llegar a una fórmula

---

(8) Cfr. E. GIMBERNAT, «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», *ADPCP*, Vol. LXVI, 2013, p. 64 y ss.

(9) *Täterschaft und Tatherrschaft*, trad. J. CUELLO. Marcial Pons, 9.ª ed., 2015.

satisfactoria por el solo camino subjetivo u objetivo. Tuvo, efectivamente, la ventaja de que, por renunciar a exigir aportaciones materiales del autor al hecho y preferir cargar el acento en el control del curso causal, acogía sin esfuerzo a la figura del autor mediato.

La siguiente ventaja que se le atribuyó fue su utilidad para establecer la imputación en supuestos de delitos cometidos en el ámbito de la actividad de personas jurídicas, y, en general en el marco de las organizaciones criminales. Sirve también para dar fundamento al castigo de la tentativa y la impunidad del desistimiento voluntario. Son evidentes méritos, a lo que se suma su progresiva aceptación por el Tribunal Supremo.

Repasemos un poco tantas ventajas:

Ante todo, hay que recordar que el derecho español reconoce y describe la autoría mediata, con lo cual no es preciso acudir a la teoría del dominio del hecho para justificar que el autor mediato es autor en sentido propio. Por lo tanto, la época en que la conducta del autor mediato no era directamente «subsumible» en el tipo ya quedó atrás, y con ello desaparece una de las más importantes ventajas de la teoría.

La teoría del dominio del hecho tampoco sirve para la imputación de autoría en la imprudencia, pues solo sirve para los delitos dolosos. Pero ese no sería, en sí mismo, un defecto, pues las imprudencias (individuales, acumuladas, concatenadas) tienen su propia y especial dificultad y necesitan una solución específica.

Otros problemas de la teoría del dominio del hecho se perciben desde otros ángulos de contemplación:

a) Se ha dicho que la prueba definitiva de que alguien tenía el dominio del hecho es que con su sola decisión paralizó o pudo paralizar la ejecución de un delito, habrá que admitir que se puede atribuir ese dominio a cualquier partícipe que pueda con su sola iniciativa o pasividad frustrar un plan, y entonces la teoría no sirve para nada, pues esa capacidad puede estar al alcance de muchos partícipes, que lo son en el hecho de otro, con lo que tendríamos una excesiva cantidad de autores, cuando su papel en la ejecución del hecho puede ser de importancia variable, y, claro está, el problema no se puede resolver regresando al denostado criterio del *animus auctoris*, lo cual es absurdo, pues, para llegar a esa conclusión, no hacía falta dar ese rodeo, salvo que se quiera entender que la suma de dominio y actitud de autor limita los efectos indeseables del concepto subjetivo de autor, generando una concepción mixta que ya se había defendido en doctrina antes, incluso, de que se extendiera la tesis del dominio del hecho.

b) A esa confusa idea sobre lo que es la teoría del dominio del hecho ha contribuido también la jurisprudencia y algún sector de la doctrina española, pues ha invocado la idea de dominio para algo que no tienen nada que ver con eso, cual es la demostración de la necesidad de la contribución de un partícipe, argumentando que la prueba de que era cooperador necesario y no simple cómplice se derivaba de la constatación de que pudo abortar el plan delictivo simplemente retirando su aportación, lo cual significaría que la comisión del hecho dependía de su voluntad (dominio). Esa idea despreja la finalidad originaria de la doctrina del dominio del hecho, que no nació para identificar a cooperadores, sino a autores (10).

c) Si se entiende el dominio como poder de interrumpir el curso del hecho por quien goza o dispone de «soberanía sobre lo que se hace», lo cual cuadraría perfectamente como criterio de selección del autor cuando nos enfrentamos a delitos que son consecuencia de decisiones tomadas en el seno de grandes organizaciones (sean sociedades legales o sean organizaciones criminales), la teoría, buena en principio, topará con una realidad que no se puede olvidar, como ha destacado Schünemann: el complejo proceso de toma de decisiones en esos grandes grupos, en donde no existe un individuo que sea, él y solo él, la clave de bóveda de todas las decisiones, sino que por lo menos habrá una cúpula directiva, se llame Consejo de Administración o no tenga nombre específico, con niveles variables de decisión (11).

De todo lo cual se deriva que la doctrina del dominio del hecho pudo ser una solución inteligente, para muchos casos, pero no para

---

(10) En este sentido, GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 66.

(11) B. SCHÜNEMANN, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en *ADP*, enero 2002. Señala Schünemann (*op. cit.*, pp. 11 y ss.) que los órganos de dirección en muchos casos carecen «de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada», pues solo reciben una fracción de las informaciones que son necesarias. Los procesos generadores de las decisiones en las organizaciones empresariales no pueden resolverse anudándolos a decisiones individuales de la cúspide, sino que las organizaciones construyen su propio sistema en el que dominan los cuadros medios. De eso no se ha de deducir, porque sería injusto, la conclusión de que no cabe exigir responsabilidad individual en una empresa, sino únicamente que es inadecuado asociar directamente la dirección con la imputación penal. Las categorías de la responsabilidad penal y su fundamentación han de ser siempre respetadas. Precisamente por ello, Schünemann advierte del riesgo, visible en algunas construcciones teóricas, de conformarse con una conducta negligente del directivo para imputarle la responsabilidad penal por omisión impropia dolosa. Indudablemente es preciso encontrar una vía de exigencia de responsabilidad a los directivos por los delitos que hayan cometido los inferiores, y hay que hacerlo al margen de que se quiera establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues eso no tiene nada que ver con la exigibilidad de responsabilidades penales a personas físicas.



todos, lo que explica que en doctrina haya habido que construir otras explicaciones de la autoría – por ejemplo, el autor tras el autor – y que en las legislaciones se haya entrado abiertamente en plantear la responsabilidad propia de las personas jurídicas y la cualificación de los delitos por la sola pertenencia a organizaciones delictivas.

El Tribunal Supremo se manifiesta también en favor de la solución del «dominio del hecho», aunque en ocasiones lo mezcla con otros criterios, como se ve en la STS 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7843), con lo que pone de manifiesto que, en realidad, no sigue esa doctrina, sino que la invoca casi como argumento complementario:

«... la doctrina jurisprudencial es concisa pero concluyente. 1.º) La autoría directa implica, como se ha dicho, el dominio del hecho (Sentencia de 10 de enero de 1987 [RJ 1987, 374]). 2.º) Los hechos materiales, ahora la constitución de las empresas, han de estar directamente relacionados con el hecho físico en que el delito se configura y tipifica (Sentencia de 18 de diciembre de 1971 [RJ 1971, 5496]). 3.º) La coautoría, habida cuenta, reclama no sólo la posibilidad de autores inmediatos y autores mediatos, sino además y también el mutuo acuerdo como común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevar a efecto el propósito consensuado, con la aportación de algún esfuerzo o acto propio de cada uno de los acusados, todo ello en el bien entender de que, una vez realizados actos propios del núcleo de acción, se genera así un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad (Sentencias de 13 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2461] y 14 de diciembre, 31 de mayo y 22 de febrero de 1985 [RJ 1985, 6262, 2577 y 1522], entre otras muchas).»

La doctrina del dominio del hecho tiene otros inconvenientes, pero tal vez el mayor sea el de su incapacidad por sí sola, para distinguir el autor de los partícipes, puesto que la capacidad para interrumpir el hecho la puede tener un cómplice necesario, e incluso, en un momento dado, hasta la puede tener un cómplice no necesario. Se dirá que ni uno ni otro tienen el hecho como propio y su voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico, sino a auxiliar a que otro lo haga. Pero eso implica acudir de nuevo a criterios subjetivistas.

Que la teoría del dominio del hecho supuso un avance está fuera de duda, y, además, está implícitamente presente en la regulación de determinadas instituciones penales como, por ejemplo, la tentativa: si el sujeto puede interrumpir el desarrollo del hecho o puede evitar la producción del resultado (desistimiento en la tentativa) es porque domina el curso causal.

Pero estas relativas muestras no son suficientes como para decidir que el principio del dominio del hecho sea un camino infalible para

identificar al autor en todos los casos, aunque pueda ser útil en algunos. No es difícil establecer quiénes pueden ser considerados autores «inmediatos» del hecho, pues para eso basta acudir a la descripción típica de la conducta del autor del delito.

Cuando la atribución de haber dispuesto del dominio del hecho se prodiga –y recordemos que el TS español la utiliza incluso para fundamentar la cooperación necesaria– puede surgir una excesiva cantidad de autores mediatos, y llegar hasta los que intervinieron en actos preparatorios. De esa manera, la bondad del principio, como criterio de reforzamiento de la autoría mediata, decae en buena medida, y no solo porque en la actualidad esa figura (autoría mediata) esté ya legalmente descrita, lo que significa, como bien señala Gimbernat, que en relación con la autoría mediata lo importante es decidir lo que significa «instrumentalizar» (12), sino porque la multiplicación de definiciones y correlativa aplicación, aunque sea meramente retórica, a figuras que nunca lo habían necesitado (actos preparatorios, complicidad, inducción), no hace sino desvirtuar el valor inicial que tuvo la teoría.

---

(12) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 67.



# En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación (1)

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo analiza las definiciones y caracterizaciones del feminicidio de la pareja o expareja concluyendo que, si bien, tiene alguna relación con los delitos de odio discriminatorio, no reúne el elemento identitario típico de estos. En el texto se profundiza en la fundamentación del desvalor de esta clase de delitos a partir de su caracterización como violencia discriminatoria así como en los contextos que la representan. Finalmente, se desarrollan las pautas de una legislación dogmáticamente consistente.*

Palabras clave: *feminicidio, femicidio, delitos de odio, violencia de género, violencia discriminatoria, violencia contra las mujeres.*

## ABSTRACT

*This papers aims to analyze the different definitions and characterizations of femicide committed by her partner or former partner. The text discusses considering partner or former partner femicide as a hate crime and defends that this kind of femicide is an instrument of discriminatory domination. From this point on the author goes into detail about the contexts of the discriminatory violence and develops some*

---

(1) Este texto constituye una versión ampliada y corregida del trabajo «Odio y discriminación en el feminicidio de la pareja o expareja» que verá la luz en el Libro Homenaje a Agustín Jorge Barreiro.

*guidelines for a dogmatically consistent legislation, stating some criticisms against some of the Latin America criminal regulations.*

Key-words: *femicide, hate crime, gender violence, discriminatory violence, violence against women.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Femicidio *versus* Femicidio: algo más que una cuestión terminológica.–3. La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja cometido por el hombre: la violencia discriminatoria patriarcal. 3.1 ¿Es el odio a «la mujer» elemento identitario del feminicidio? 3.2 El carácter instrumental de la violencia machista: el componente discriminatorio. 3.3 Violencia, ¿por ser mujer? o ¿por dejar de serlo? 3.4 La violencia machista como odio a una determinada manera de ejercer los roles femeninos.–4. Alguna conclusión. 4.1 Autonomía del feminicidio de la pareja o expareja. 4.2 La discriminación patriarcal y sus contextos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de una década la mayoría de los países de América Latina han procedido a la tipificación autónoma de la muerte de las mujeres en ciertos contextos en los que se entiende que existe violencia por razón de género (2), intentando con ello contribuir a erradicar y sancionar un fenómeno criminal muy extendido en el planeta y de potenciales efectos devastadores para la libertad y la seguridad de la mitad de la población mundial. De esta tendencia se separa España cuyo legislador ha optado por no individualizar el feminicidio como delito específico (3). Pareciera, entonces, que el legislador español parte de que la aplicación de los tradicionales delitos contra las personas junto con las circunstancias de agravación también tradicionales,

---

(2) El primer país en configurar de forma autónoma el feminicidio fue Costa Rica, que lo introdujo mediante la Ley 8.589 de 2007, de Penalización de la Violencia sobre las Mujeres.

(3) El Código penal español individualiza el inicio del ciclo de la violencia, los malos tratos, amenazas o coacciones leves y el atentado contra la integridad moral habitual (arts. 153.1, 171, 172, 173.2 CP), así como las lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico (art. 148.4 CP), previendo, además, una agravante genérica en el art. 22.4 CP, si se obra por motivos discriminatorios por razón de género.

como el parentesco (4) o el abuso de superioridad (5), o con otras específicas más novedosas, como el actuar por motivos discriminatorios por razón de género (6), ofrece un tratamiento punitivo adecuado de este grupo de delitos (7).

Aunque, como acabo de señalar, la opción político-criminal mayoritaria en América Latina ha sido la inclusión del feminicidio en los códigos penales, estas tipificaciones no responden a un modelo unitario, sino que obedecen a opciones político-criminales diversas y al intento de abarcar las singularidades con las que se manifiesta esta tipología delictiva en cada país. Esta diversidad choca con el propio carácter universal del fenómeno (8) y refleja la falta de consenso sobre su fundamento. En primer término, se constata que ni siquiera hay acuerdo sobre los efectos que debe tener la introducción del feminicidio en los códigos penales, pues dicha inclusión no siempre va acompañada de una penalidad mayor. Así, países como Costa Rica o Chile han incorporado sólo la denominación –feminicidio– y de forma restrictiva –para denominar la muerte de quien es o ha sido la cónyuge o conviviente del autor–, asignándose a este delito la misma pena que corresponde a otros delitos consistentes en dar muerte a parientes, constitutivos de parricidio (9). No obstante, la opción político-crimi-

---

(4) Art. 23 CP: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

(5) Art. 22.2 CP: «Ejecutar el hecho... con abuso de superioridad».

(6) Art. 22.4 CP: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

(7) En la doctrina defiende esta postura LAURENZO COPELLO, P., «Apuntes sobre el feminicidio», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 8, 2012, pp. 119 y ss.

(8) PÉREZ MANZANO, M., «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción» en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (en adelante *RJUAM*), n.º 34, 2016-II, pp. 17 y ss., 24.

(9) La ley 8.589 de 2007, de Penalización de la Violencia sobre las Mujeres, estableció en su art. 21 la nueva redacción del art. 112 CP incorporando el femicidio: «Femicidio: Se impondrá la pena de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión declarada o no». Esta es la pena que corresponde según el art. 112 CP de Costa Rica a otros casos de parricidio, asesinato, muerte de un menor de doce años, o de una autoridad o persona especialmente protegida por convenios internacionales. Cfr. art. 390 CP Chile: «El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su

nal más seguida en la tipificación del feminicidio es la que podríamos denominar *punitivista*, esto es, la que implica no sólo una denominación o tipificación individualizada, sino la previsión de una pena más grave que la establecida para similares delitos contra la vida (10).

En segundo término, las discrepancias afectan a la definición del fenómeno de la violencia mortal contra las mujeres por razón de género. De un lado, hay menciones a la muerte de «una mujer por su condición de tal» (11), a la cometida por un hombre «en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres» (12), a la realizada mediando «motivos de odio o menosprecio por su condición

---

grado máximo a presidio perpetuo calificado. / Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio».

(10) En Guatemala la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, de 2008 (Decreto 22-2008), regula en su art. 6 el femicidio con una pena de veinticinco a cincuenta años; en El Salvador, el art. 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres de 2011, prevé una pena de veinte a treinta y cinco años, que puede ser agravada en ciertos casos en un marco de treinta a cincuenta años (art. 46); Méjico incorporó en el Código penal del Distrito Federal en 2011 el femicidio en el art. 148 bis con una pena de veinte a cincuenta años (aunque otros 10 estados han incorporado legislaciones similares, con diferencias, me referiré solo a la legislación del Distrito Federal); en Nicaragua, la Ley (n.º 779) de 2012, Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reforma a la Ley n.º 641 «Código penal», sanciona en su art. 9 el femicidio con penas de quince a treinta años, que a pesar de ser moderadas, son las previstas para parricidio o asesinato; Ley 26.791 de 14 de diciembre de 2012, de reforma del Código penal argentino modificó el art. 80 del Código penal incorporando el odio de género (n.º 4) y la muerte de una mujer por un hombre mediando violencia de género (n.º 11), estableciendo la misma sanción en estos casos prevista para el resto de los homicidios agravados, esto es, reclusión o prisión perpetua; en Bolivia, la Ley 348 (9-3-2013), Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, que en su art. 83 modificó ciertos artículos del Código penal, y en el 84 incorpora el art. 252 bis al mismo, sobre el femicidio, previendo la misma pena para este que para el parricidio y asesinato aunque no concurren sus condiciones; en Perú, la Ley 30.068, 18 de julio de 2013, que Incorpora el Artículo 108A al Código Penal y Modifica los Artículos 107, 46-B y 46-C del Código penal y el Artículo 46 del Código de Ejecución penal, con la Finalidad de Prevenir, Sancionar y Erradicar el Femicidio, prevé una pena no menor de quince años que puede llegar a ser perpetua en caso de concurrencia de dos o más agravaciones para el feminicidio; en Colombia, la Ley 1761, de 6 de julio de 2015, por la cual Se Crea el Tipo Penal de Femicidio como Delito Autónomo y Se Dictan otras Disposiciones, introdujo el art. 104 A en el Código penal con penas de doscientos cincuenta a quinientos meses –superiores a las del homicidio–, y de quinientos a seiscientos meses en el tipo agravado (art. 104 B), también superiores en su límite mínimo a las de los homicidios agravados del art. 104.

(11) Art. 108A del Código penal de Perú.

(12) Cfr. en nota 8, Decreto 22-2008 de Guatemala y Ley 779 de 2012 de Nicaragua.

de mujer» (13), o, simplemente, se alude a que la muerte se ha cometido por «violencia de género» (14). Pero, más allá de las diferencias en dicha conceptualización, resulta especialmente relevante señalar, de otro lado, que tampoco estas definiciones cumplen la misma función en el seno de dichas tipificaciones, pues aunque en algún caso se constituyen en requisito suficiente para la calificación de la muerte como feminicidio (15), en la mayoría de las ocasiones los legisladores han optado por precisar la propia definición genérica, señalando, mediante un elenco de contextos, cuándo se considera producida la muerte de una mujer «por violencia de género». Si en el primer caso serán los jueces quienes deberán concretar en qué contextos y situaciones precisas se considerará que, por ejemplo, se ha producido la muerte «de una mujer por su condición de tal», en el segundo caso, se han generado elencos típicos de contextos o subtipos de feminicidio (16), de tal forma que el marco interpretativo de los jueces es menor, porque es el legislador el que ha asumido dicha tarea al menos parcialmente.

En tercer lugar, las particularidades afectan también de forma notable a las descripciones de los contextos o subtipos de feminicidio (17). No obstante, hay tres casos que se incluyen de forma mayoritaria en las legislaciones como prototípicos de la violencia de género contra la mujer: la misoginia, el atentado previo a la libertad sexual de la víctima y la existencia, actual o previa, de una relación de pareja. A este último caso, al feminicidio cometido por el hombre que es o ha sido pareja de la víctima (18) me voy a referir en lo que sigue, pues no

---

(13) Cfr. en nota 8, Ley Especial Integral de El Salvador.

(14) Cfr. en nota, Código penal de Argentina; Código penal de Méjico, Distrito Federal.

(15) Por ejemplo, el Código penal argentino. Cfr. nota 8.

(16) Cfr. nota 8 legislaciones de El Salvador, Guatemala, Méjico DF, Nicaragua, Perú, Bolivia o Colombia.

(17) Como los contextos de brutalidad sobre el cuerpo de la víctima que aparecen en las legislaciones de Guatemala y Méjico DF, por ejemplo.

(18) Se trata del concepto restrictivo de violencia de género que contempla la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Concepto que, no obstante, no coincide con el del Convenio de Estambul de 2011, que en su art. 3 a) establece que «[p]or «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada»; y, en su párrafo d) establece que «[p]or «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada». En este trabajo no voy a problematizar sobre el concepto de mujer que se ha tomado en cuenta, sino que voy a partir



sólo es el caso que de una forma casi unánime se incluye en los códigos penales, sino el tipo de feminicidio más universalizado (19). Intentaré analizar cuáles son sus rasgos característicos, para, de este modo, extraer alguna conclusión sobre una tipificación adecuada. Para ello iniciaré el estudio con el análisis de las definiciones generales del feminicidio como muerte de la mujer «por ser mujer» o «por su condición de tal» y la eventual catalogación del feminicidio como subtipo de los delitos de odio. Con ello pretendo indagar en los elementos caracterizadores del feminicidio, y, en particular, del feminicidio de la pareja o expareja.

## 2. **Femicidio versus feminicidio: algo más que una cuestión terminológica**

Mi punto de partida se asienta en dos ideas básicas, que son comúnmente compartidas. En primer lugar, parto de que la violencia sobre las mujeres tiene carácter estructural (20) y es la forma más grave de discriminación de las mujeres y de mantenimiento de dicha discriminación, como apuntan los textos internacionales en la materia (21). Y, en segundo lugar, entiendo que la asignación de una denominación singular a las muertes de las mujeres que son producto de tal discriminación estructural y reflejo último y más grave del sistema patriarcal, tiene efectos positivos, sin duda, de cara a la visibilización del problema y de cara a su cuantificación. Y tanto su visibilización como su cuantificación son presupuestos de un adecuado tratamiento jurídico de este fenómeno delictivo. Por tanto, tenga o no efectos agravatorios de la responsabilidad penal, soy partidaria de utilizar un tér-

---

del caso prototípico de la mujer que consta como tal desde su nacimiento en la documentación oficial y ha ejercido siempre los roles femeninos; no me voy a ocupar, por tanto, de la violencia que puedan sufrir mujeres transexuales por sus parejas o exparejas. Tiendo a pensar, no obstante, que si la pareja conoce su condición será difícil sostener que la violencia es manifestación de la discriminación estructural patriarcal pues el propio establecimiento de la relación es un indicio contrario a dicho contexto; si no conoce tal condición si será posible la catalogación en este marco, aunque también es posible que la violencia se produzca por odio a la identidad de género si ésta se realiza, por ejemplo, al descubrir la condición de la víctima.

(19) Cfr. PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, nota 8, pp. 22 y ss.

(20) Sobre el sentido de este rasgo, su incidencia en el derecho antidiscriminatorio y en el juicio sobre la legitimidad de normas antidiscriminatorias, cfr. AÑÓN ROIG, M. J., «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, n.º 39, 2013, México D. F., pp. 125 y ss., 146 y ss.

(21) Art. 3. A) Convenio de Estambul, 2011.

mino específico para denominar la muerte de las mujeres. Como se ha señalado (22), la potencia discursiva de la ley, su eficacia simbólica y sus efectos performativos contribuyen, sin duda, a las transformaciones sociales tan necesarias en este ámbito.

Pero para nombrar el fenómeno resulta necesario alcanzar un consenso sobre el término a utilizar, y este no se ha conseguido. Como es sabido, dos son los términos utilizados tanto por la doctrina como por los códigos penales para denominar la muerte de las mujeres: femicidio y feminicidio. Ambos proceden de la traducción al castellano del término inglés *femicide* (23), que fue utilizado por primera vez por Diana Russel en el simbólico tribunal de crímenes contra la mujer celebrado en Bruselas en 1976. En aquel momento Russel lo definió como «*the killing of women because they are women*», y afirmó que se trataba de una clase de muertes de mujeres debidas al sexismo (24).

---

(22) MUNEVAR MUNEVAR, D. I., «Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14 (1), pp. 135-175, 151.

(23) Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, Oficina en Méjico del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Méjico, 1.<sup>a</sup> ed., 2009, pp. 25 y ss.

(24) Cfr. «Femicide: the murder of wives», en RUSSELL, D., *Rape in Marriage*, Bloomington, Indiana University Press, 1990, pp. 286-299; posteriormente, Russel, en el libro que publicó junto a Caputi lo definió como «*the murder of women by men motivated by hatred, contempt, pleasure, or a sense of ownership of women*,» (CAPUTI, J., RUSSELL, D., *Femicide: speaking the unspeakable*, 1990, pp. 34-37); mantiene la definición en el libro que publica con Jill RADFORD en 1992 (*Femicide: The politics of Woman Killing*), pero en 2001 cambia la definición en un texto publicado con Roberta HARMES, sustituyendo el término *women* por *female* (para incluir adolescentes y niñas) y el de *men* por *male* [«AIDS as mass femicide: focus on South Africa», en RUSSELL, D., HAMES, R. (eds.), *Femicide in Global Perspective*, New York, Teacher's College Press, 2001, pp. 100-114].

Con independencia del debate lingüístico (25) y de fondo (26), es lo cierto que el término feminicidio tiene resonancias cercanas al genocidio, es decir, a las muertes masivas de un colectivo vinculadas por el objetivo de acabar con el propio colectivo. Pero no sólo el eco que genera el término feminicidio es relevante. Lo es también que suele afirmarse, con razón, que lo que hace de este fenómeno criminal un fenómeno singular y masivo es la propia inactividad del Estado, su complicidad estructural en la impunidad de las muertes de las mujeres. El potencial efecto expansivo del fenómeno deriva de una forma muy sustancial de dicha complicidad omisiva del Estado. Este es un rasgo que podría servir para fundamentar un uso diferenciado de ambos términos, como ya ha sido propuesto (27), de modo que el término *femicidio* podría utilizarse para referirnos a un delito con-

---

(25) Se sostiene que el término femicidio es incorrecto porque es una mera feminización del término homicidio (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M., «Presentación a la edición en español» de RUSSELL/RADFORD, *Feminicidio. La política del asesinato de mujeres*, UNAM, Méjico, 2006, p. 17), dado que si la raíz latina es femina, el término correcto sería feminicidio (MONÁRREZ FRAGOSO, J., «Fortaleciendo el entendimiento del Femicidio/Feminicidio», Ponencia, Washington, DC, 2008, disponible en <http://www.igwg.org/eventstrain/femicide.htm>). El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha incorporado el término Feminicidio en 2014 y la definición que aparece es «la muerte de una mujer por razón de su sexo», que no responde a las caracterizaciones teóricas y sociales del mismo. El debate sobre los términos y la beligerancia de la Real academia sobre los mismos se remonta a la Ley 1/2004 española cuando la Academia realizó un informe sosteniendo la improcedencia de hablar de violencia de género (Cfr. ATENCIO, G., «Cuando lo que no se nombra no existe», en *Feminicidio. El asesinato de mujeres por ser mujeres*, Catarata, Madrid, 2015, pp. 17 y ss., 23). Rita SEGATO («Femicidio y feminicidio: conceptualización y apropiación», en JIMÉNEZ, P. & RONDEROS, K. (eds.), *Feminicidio: un fenómeno global de Lima a Madrid*, Heinrich Böll Stiftung, Unión Europea, Bruselas, pp. 5 y ss) propone el término *femigenocidio* para las muertes de mujeres en condiciones de impersonalidad y por razón sólo de su género, mientras que defiende el término feminicidio para los casos de muertes con motivaciones de tipo interpersonal, es decir, los casos de muertes individuales. Y en el ámbito anglosajón algunas autoras han introducido el término *gynocide* para referirse a los supuestos de asesinatos con la intención de destruir un grupo específico de mujeres, así, por ejemplo, Mary Daly, Jane Caputi, o Andrea Dworking, cfr. RUSSELL, D., «Defining Femicide and Related Concepts», en RUSSELL Y HARMES (comps.), *Femicide in global perspective*, Athene Series, Teachers College Press, Nueva York, pp. 21, 22.

(26) No sólo se discute su caracterización sino si deben incluirse muertes de mujeres debidas a abortos inseguros o falta de atención en el parto, suicidios, o muertes por desnutrición selectiva, que no responden al patrón de muertes violentas constitutivas de delitos, Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, como en nota 23, pp. 26 y ss.

(27) CARCEDO CABAÑAS, A., *No olvidamos ni aceptamos. Femicidio en Centroamérica, 2000-2006*, Cefemina 2010, disponible en <http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Feminicidio-en-Centro-Ame%CC%81rica.pdf>, visitada el 24 de junio de 2018, pp. 481 y ss.

creto (28), mientras que el de *feminicidio* podría ser utilizado al aludir al fenómeno colectivo y masivo, en todo caso cuando nos referimos al crimen de Estado (29), y como término genérico que incluya tanto el femicidio individual como los feminicidios masivos (30).

### 3. LA CARACTERIZACIÓN DEL FEMINICIDIO DE LA PAREJA O EXPAREJA COMETIDA POR EL HOMBRE: LA VIOLENCIA DISCRIMINATORIA PATRIARCAL

Más allá de los problemas terminológicos, la cuestión fundamental es la determinación de cuáles son las características de este tipo de muertes y si obedecen a un patrón general (31). Tres son las caracterizaciones más habituales: el feminicidio como genocidio de mujeres, la muerte de la mujer por el mero hecho de ser mujer, la muerte de la mujer como delito de odio discriminatorio. Ninguna de las tres opciones me resulta convincente.

La primera posibilidad es la caracterización de la muerte de las mujeres por su pareja o expareja como un fenómeno masivo encuadrable en el «genocidio de mujeres». Esta caracterización ha sido descartada ampliamente, pues no parece que se asiente en bases sólidas. De un lado, desde una perspectiva práctica, la opción del «genocidio de mujeres» no parece encajar con la fenomenología de este delito en muchos países, incluido España, ya que no se observa ya la pasividad generalizada del Estado en su persecución requerida para atribuirle – aunque sea parcialmente como complicidad omisiva– corresponsabilidad en el propio fenómeno. De otro, desde una perspectiva dogmática, su catalogación en el marco de los crímenes de genocidio presenta el problema de la configuración y prueba del propio elemento subjetivo característico de esta clase de delitos, la intención o al menos cons-

---

(28) Así se está utilizando en España en las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, referido a las muertes de la pareja o expareja. Cfr. los Informe de los expertos del Observatorio disponibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/>

(29) LAGARDE Y DE LOS RIOS, M., «Del femicidio al feminicidio», en *Desde el jardín de Freud*, n.º 6, 2006, Bogotá, p. 221, disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343>.

(30) Los Códigos penales en América Latina han incorporado ambos términos. *Vid. supra* notas 7 y 8.

(31) Sobre las distintas opciones y argumentaciones en la literatura sobre el tema, cfr. LAPORTA HERNÁNDEZ, E., «Evolución del concepto. Un anglicismo que se desarrolló en América Latina», en ATENCIO, G., *Feminicidio*, como en nota 25, pp. 63 y ss.

ciencia de acabar total o parcialmente con el colectivo al que se refiere. En este caso ello implicaría probar que el objetivo es el exterminio de las «mujeres». Y la constatación de este objetivo en el caso concreto resulta harto improbable (32).

Al margen de la anterior caracterización, la definición más extendida del feminicidio es la que se refiere a la muerte de una mujer *por el mero hecho de ser mujer*. Esta es la definición de Diana Russel, la que el propio Convenio de Estambul ha adoptado en la definición de la violencia sobre las mujeres por razones de género en su art. 3.d) y la que muchas legislaciones de América Latina han incorporado a sus códigos penales (33). Pero también es bastante habitual identificar el feminicidio como delito de odio o al menos como un fenómeno muy vinculado o cercano al mismo. En las primeras aproximaciones al tema, la socióloga americana sostuvo que el feminicidio era la muerte de una mujer motivada por el odio, menosprecio, placer o sentido de propiedad sobre las mujeres, incorporando la muerte de las mujeres a la categoría más amplia de *delitos de odio discriminatorios*. En este marco sostenía que, en este caso, tales muertes se fundarían específicamente en el *sexismo* del autor (34). Esta concepción es la que permitiría la aplicación de la agravante contemplada en el art. 22.4 CP español de actuar por motivos discriminatorios por razón de género en los casos de feminicidio de la pareja o expareja realizada en un contexto de violencia de género. En mi criterio, también estas caracterizaciones del feminicidio están necesitadas de una mayor profundización, pues no terminan de abarcar la esencia del fenómeno.

Mi posición en este tema se construye a partir de las siguientes ideas, que, desarrollaré a continuación: la violencia del hombre sobre la mujer pareja o expareja no reúne los rasgos habituales de un delito

---

(32) Como subtipo de genocidio debería requerir la intención de destruir total o parcialmente al grupo con identidad propia –las mujeres–. Sobre el feminicidio masivo, cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., *Feminicidio*, como en nota 23, p. 54; MUNEVAR MUNEVAR, D. I., como en nota 22, pp. 152 y ss; SEGATO, R., «Femicidio y feminicidio: conceptualización y apropiación», en Jiménez, P. & Ronderos, K. (eds.), *Feminicidio*, como en nota 25, pp. 5 y ss. La sistematicidad, el carácter genérico del hecho permiten su identificación como subtipo de genocidio, aunque puede presentar problemas de apreciación en la práctica el elemento subjetivo con el que se tipifica el genocidio, por ello, se aboga por una tipificación independiente. En mi criterio, no hay dudas de la necesidad de tipificación del feminicidio masivo y de que tiene un desvalor de injusto propio plasmado en la amenaza al colectivo como tal.

(33) Han recogido esta definición el art. 108 B del CP de Perú tras la reforma de 2013 y el art. 104 A del CP de Colombia tras la reforma de 2015, y también lo menciona el art. 6 de la Ley de Guatemala junto a las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

(34) Cfr. nota 24.

de odio en sentido estricto; tampoco se puede decir con propiedad que la violencia que se ejerce en este ámbito «sea por el mero hecho de ser mujer»; el elemento que define esta clase de violencia es el constituir un instrumento de dominación discriminatoria, es decir, de mantenimiento o expresión de una posición social de subordinación de las mujeres; por último, si estoy en lo cierto, la violencia del hombre sobre la mujer pareja o expareja no refleja el odio al colectivo de mujeres, sino, en su caso, el odio a una determinada manera de ejercer los roles femeninos: una manera que no encaja en el modelo tradicional patriarcal discriminatorio. Lo que odia el autor no es a la mujer sino sus *creencias* y su *actuación conforme a dichas creencias*; por tanto, lo que podríamos denominar la *propia ideología de género o ideología antidiscriminatoria*. En este marco, el objetivo no es la muerte del colectivo femenino, de todo el género femenino, no pretende erradicarse a la «mujer», sino un modelo de comportamiento femenino igualitario.

### 3.1 ¿Es el odio a «la mujer» elemento identitario del feminicidio?

La relación entre el feminicidio y los delitos de odio ha sido problemática desde su origen (35). Como sabemos, las primeras construcciones del feminicidio lo incluyeron dentro de esta categoría como uno más de los delitos de odio discriminatorio. Sin embargo, esta catalogación generó muchas críticas y no consiguió prosperar. Varios tipos de razones se alegaron entonces y continúan alegándose contra la ubicación de las muertes de las mujeres entre los delitos de odio. De un lado, se alude a razones prácticas, ya que la elevada cifra de muertes de mujeres colapsaría y distorsionaría los registros de los delitos de odio e impediría, en consecuencia, una adecuada identificación estadística de los mismos de cara a su tratamiento penal (36). Paralelamente, ello diluiría el efecto simbólico especial que tiene la catalo-

---

(35) Sobre ello cfr. LAURENZO COPELLO, P., «Apuntes», como en nota 7, pp. 119 y ss., 121.

(36) Cfr. CENTER FOR WOMEN POLICY STUDIES, «Violence Against Women as Bias Motivated Hate Crimes [Part. 2]». *Contemporary Womens' Issues Database*, 1 de mayo de 1991, eLibrary, Proquest 29 Jan 2009, disponible en <http://elibrary.bigchalk.com>; Sobre ello y lo que sigue en el texto, cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., como en nota 23, pp. 67 y ss. Este debate es el mismo que se tuvo en relación a la inclusión del género en la categoría de los delitos de odio, de un lado, en la primera Hate Crimes Statistics Act (HCSA) de 1990 y, de otro, en la Hate Crime Sentencing Enhancement Act (HCEA) de 1994, cfr. HODGE, J., *Gendered hate. Exploring gender in hate crime law*, Northeastern University Press, Boston, 2011, pp. 21 y ss. Cfr. GORDÓN BENITO, I., «'Gendered hate'. Un etiquetado en discordia», en ETXEBARRIA, KATIXA, ORDE-

gación de un hecho como delito de odio. De otro, se afirma que estas cláusulas y esta clase de delitos –los delitos de odio discriminatorio– están pensados para la protección de grupos históricamente discriminados que componen minorías, no pudiendo catalogarse a «las mujeres» como grupo minoritario. Además, la caracterización de este fenómeno criminal como delito de odio no encajaría tampoco con la idea de que la discriminación sobre las mujeres tiene carácter estructural, pues este rasgo no sería común a la violencia que se ejerce con tal carácter contra las minorías incluidas en los delitos de odio (37).

Más allá de la consistencia de estas razones (38), algunas de ellas meramente pragmáticas, para dilucidar si todo feminicidio es un delito de odio, el correcto enfoque del tema requiere analizar si los feminicidios reúnen los rasgos identitarios de los delitos de denominados delitos de odio (39), y, en particular, en lo que aquí interesa, si el feminicidio de la pareja o expareja presenta dichos rasgos.

Desde la perspectiva fenomenológica, el rasgo esencial con el que se caracterizan los denominados «delitos de odio» reside en que el hecho se realiza debido al odio a la categoría –afroamericanos, judíos, homosexuales...–, por ello la víctima concreta sobre la que recae el delito es aleatoria y fungible. Se trata de que la selección de la víctima de la violencia en los delitos de odio por parte de su autor se hace con abstracción de las singularidades de la misma y por la única razón de reunir el rasgo, la condición de pertenencia al colectivo al que genéricamente se odia (40). De modo que por esta misma razón, por el

---

ÑANA, IXUSKO, OTAZUA, GOIZEDER (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 647-668, 655 y ss.

(37) Este debate está teniendo notable intensidad en el Reino Unido, cfr. GORDON BENITO, I., *idem* nota anterior, pp. 647 y ss., 658 y ss.

(38) Por ejemplo, sería posible sostener que las mujeres componemos una minoría, dado que con independencia de nuestro número, nuestra representación en posiciones de poder social o político es minoritaria.

(39) Interpreta con carácter general la «violencia de género» a la que se refiere el art. 80.11 del CP argentino con el «odio de género», AROCENA, G. A. y CESANO, J., *El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*, IBdef, Montevideo, Buenos Aires, 2013, p. 89. Sobre las posturas y argumentos a favor y en contra de considerar la violencia contra las mujeres en el marco de la categoría de los delitos de odio, cfr. GORDÓN BENITO, I., como en nota 36, pp. 655 y ss.

(40) Sobre los delitos de odio cfr. DÍAZ LÓPEZ, J. A., *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4.ª CP*, Civitas, Madrid, 2013. La definición de la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) los define como cualquier infracción penal en la que «la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o men-

carácter fungible de la víctima de los delitos de odio, éstos tienen siempre *una dimensión colectiva* que va más allá del acto singular. Esta dimensión puede identificarse en que todo hecho individual de delito de odio supone una amenaza implícita a cualquier persona que forma parte del colectivo. Se trata tanto de que cualquier persona que forma parte del colectivo odiado siente dicha amenaza implícita y sabe que puede ser la siguiente víctima dado que reúne las características que identifican el colectivo, como de que el hecho, cada acto violento sobre un integrante del colectivo odiado, es reflejo y materialización de una pauta de comportamiento amenazante pasada hacia el colectivo a la que contribuye a dotar de sentido presente y futuro (41). En el plano simbólico, por tanto, cada delito de odio fortalece y expande el mensaje amenazante y discriminatorio hacia todo integrante del colectivo odiado.

En la violencia ejercida por el hombre sobre la pareja o expareja mujer este rasgo está ausente; para cada autor no es indiferente la víctima de la violencia –no es fungible– (42), porque específicamente a quien se quiere someter mediante la violencia no es a «la mujer», sino a la pareja o expareja propias. En realidad, esta clase de autor no estaría dispuesto a cometer un delito violento contra cualquier mujer, como sí estaría dispuesto a cometer un delito contra cualquiera que integre la categoría respectiva el autor de un delito de odio, sino que

---

tal, la orientación sexual u otros» (*Combating Hate Crimes in the OSCE region*, ODIHR/OSCE p. 12, disponible online en <http://www-osce.org/odhr>). Sobre los delitos de odio y sus datos en España, con una definición inicial, cfr. GIMÉNEZ SALINAS, A., PÉREZ MANZANO, M., CANCIO MELIÁ, M., DÍAZ LÓPEZ, J. A., JORDÁ SANZ, C., DÍAZ IZQUIERDO, P., GALLEGÓ ARRIBAS, D. *Análisis de casos y sentencias en materia de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia 2014-2016*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp. 15 y ss. disponible en [http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/analisis\\_casos\\_sentencias.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/analisis_casos_sentencias.pdf).

(41) Cfr. LANDA GOROSTIZA, J. M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, 2001, Comares, Granada, pp. 185 y ss., 189; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADP)*, 2004, pp. 143 y ss., 165 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., ¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?, en, García/Docal (Dir.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, 2012, p. 23 y ss. En el mundo anglosajón se parte de que los delitos de odio generan un daño mayor que un delito realizado por otros motivos. Este mayor daño se concreta en el daño emocional a la víctima individual y el daño emocional que todo integrante del colectivo padece. Sobre ello y los datos empíricos sobre el mayor daño emocional individual y sus variables, cfr. IGANSKI, P., «Hate Crimes Hurt More», *American Behavior Scientist*, Vol. 45/2001, pp. 625 y ss., 629.

(42) PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 17 y ss., 21.



sólo quiere ejercer violencia contra una persona en particular, contra su pareja o expareja. Por ello no parece que a la muerte de la pareja o expareja sea inherente la dimensión colectiva propia del delito de odio, la amenaza implícita a todo el colectivo de mujeres (43). Con las cautelas que hay que adoptar en estos temas, diría que la violencia del hombre sobre la pareja o expareja se sustenta en el *machismo* y no en la *misoginia*, siendo la misoginia lo que puede servir para identificar un delito de odio contra las mujeres. Si según el Diccionario de la Real Academia la misoginia implica la *aversión a las mujeres* (44) y el machismo la actitud de *prepotencia de los varones respecto de las mujeres*, la muerte de la mujer pareja o expareja no parece que se caracterice por la misoginia, esto es, por el odio al colectivo de mujeres, sino por el machismo, es decir, por la propia creencia en la superioridad del hombre sobre la mujer y por la creencia en la preeminencia de los roles sociales asignados al varón, que, en el caso concreto se plasman en las relaciones de pareja (45).

Esto no quiere decir que niegue la posibilidad de que existan delitos de odio cometidos por motivos discriminatorios por razón de género contra las mujeres, que creo que existen y deben ser castigados como tales (46). Tan sólo afirmo que no todo feminicidio es un delito de odio y que el feminicidio de la pareja o expareja no es un delito de odio en sentido estricto, entendiendo por tal el «odio a las

---

(43) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., como en nota 41, p. 176, sostiene también que en estos casos solo existe una coerción individual y no colectiva. Por el contrario, afirman que el feminicidio tiene una dimensión que trasciende lo individual VÁSQUEZ, J. Y VALEGA, C., «Apuntes críticos al reciente Acuerdo Plenario sobre el delito de feminicidio», en *Enfoque-Derecho*, disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2017/10/19/apuntes-criticos-al-reciente-acuerdo-plenario-sobre-el-delito-de-feminicidio/>. Sostienen «El feminicidio envía un mensaje a todas las mujeres, indicandoles que, si no actúan conforme a determinados roles de género, serán víctimas de violencia. En tal sentido, este crimen retroalimenta un conjunto de roles de género que subordinan a las mujeres y que, por lo tanto, afianzan y mantienen vigente una estructura discriminatoria de la sociedad».

(44) Viene del griego *miso* (odio) y *gyné* (mujer).

(45) También parte de la diferenciación entre misoginia y machismo DÍAZ LÓPEZ, J. A., como en nota 40, pp. 300, 301), extrayendo como consecuencia que los delitos machistas se asocian al género, mientras que la misoginia «entendida como un actuar motivado por el deseo de causar un mal a la víctima debido a su condición biológica de mujer, se asocia a la categoría sexo». Con ello pretende dotar de un ámbito propio a la agravación actuar por motivos discriminatorios por razón de sexo y de género, ciertamente difícil.

(46) En el mismo sentido incluyendo solo como delito de odio las muertes de mujeres en las que la víctima tiene carácter aleatorio, LEVIN, J., & MCDEVITT, J., *Hate crimes. The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed*, Springer, Nueva York, 1993, pp. 15 y ss.

mujeres» (47), como colectivo: el feminicidio de la pareja o expareja carece de la dimensión colectiva propia de los delitos de odio, tanto desde una perspectiva fenomenológica –debido al carácter no fungible de la víctima–, como expresiva –no comunica el sentido de advertencia genérica a todo el colectivo de mujeres–.

### 3.2 El carácter instrumental de la violencia machista: el componente discriminatorio

Ahora bien, aunque no reúna los rasgos esenciales de un delito de odio, no puede negarse que la violencia sobre la mujer pareja o expareja tiene una relación estrecha con ellos en la medida en que comparten un cierto componente discriminatorio. En efecto, la violencia sobre las mujeres está estrechamente vinculada con la situación de discriminación que padecemos, que tiene un carácter estructural (48): es la forma más grave de discriminación de las mujeres y de mantenimiento de dicha discriminación, como apuntan los textos internacionales en la materia (49).

Referido a la violencia que ejerce el hombre sobre la pareja o expareja mujer, que es constitutiva de violencia de género, ello significa que es una violencia *instrumental*, pues se trata de una violencia que se ejerce para mantener o restablecer las desiguales relaciones de poder en el marco de la familia. Ahora bien esta violencia en la pareja o expareja tiene tan sólo una dimensión individual, pues el efecto se pretende y consigue respecto de la víctima individual. Incluso en los casos más extremos de violencia ejercida ante el «buen comportamiento» de la víctima (50), ésta tiene carácter instrumental, pues se ejerce igualmente para mantener vivo el modelo de sumisión de la mujer y recordar quien tiene el poder en la familia: es una violencia amenazante, que contribuye a mantener el estatus de poder del hombre y de subordinación de la mujer. Además, no puede dejar de seña-

---

(47) DÍAZ LÓPEZ, J. A. (como en nota 40, pp. 96 y ss.) exige tres requisitos para el delito de odio que se conectan con el prejuicio discriminatorio: la materialización externa del prejuicio, la visión estereotipada hacia una condición personal que afecta al núcleo de identidad de la víctima y la deshumanización producida por la estereotipación. Ciertamente esta categorización permite un acercamiento más certero a la violencia sobre la mujer, pero sigue sin precisar el carácter instrumental y de dominación que la violencia sobre la pareja o expareja tiene.

(48) Sobre el sentido de este rasgo, su incidencia en el derecho antidiscriminatorio y en el juicio sobre la legitimidad de normas antidiscriminatorias, cfr. AÑÓN ROIG, M. J., como en nota 20, pp. 125 y ss., 146 y ss.

(49) Art. 3. A) Convenio de Estambul, 2011.

(50) Esto es, el comportamiento que se ajusta a las pretensiones del hombre.

larse que también en este caso extremo la violencia es expresión simbólica de la reducción de la víctima a mero cuerpo, a mera entidad biológica, que es propiedad del hombre; el hombre puede usar y dañar a la mujer –reducida a mero ente físico– como puede usar y dañar, en principio, cualquier objeto de su propiedad. Con este ejercicio de la violencia se envía el mensaje de la superioridad masculina, el único que detenta derechos de propiedad sobre cuerpos ajenos.

En mi opinión, se debe incorporar a la definición de la violencia sobre las mujeres ejercida por razones de género su condición de *instrumento de dominación discriminatoria, de instrumento para el mantenimiento de la mujer en una posición social de subordinación y para exteriorizar, paralelamente, la posición de preeminencia del hombre en las relaciones individuales*. Esto puede parecer una obviedad; sin embargo, no lo es tanto si advertimos que no aparece en todas las tipificaciones penales del feminicidio y que cuando aparece, en múltiples ocasiones, sirve para identificar una clase de feminicidio y no la propia categoría. Es más, en las legislaciones en las que se menciona la discriminación, tal mención se hace de forma separada a la alusión al contexto de la relación de pareja, no estableciéndose una vinculación entre ambos elementos (51), lo que permite una interpretación del contexto de relación de pareja como suficiente para catalogar el hecho como feminicidio.

Sí se refirió a este elemento el Tribunal Constitucional español en la STC 59/2008 al fundamentar la constitucionalidad de la mayor pena asignada al maltrato del varón sobre su pareja o expareja mujer prevista en el art. 153.1 CP español. Como es ya conocido el Tribunal Constitucional sostuvo que se trata de una norma legítima que sanciona más gravemente el maltrato sobre la mujer porque constituye una clase de violencia expresiva de la discriminación, la que se ejerce sobre las mujeres, que, por ello mismo, es un hecho delictivo que refleja un mayor desvalor de injusto (52). En el plano expresivo, en su dimensión comunicativa, esta clase de violencia representa siempre un ataque a la igualdad de la víctima, una negación de sus derechos iguales; en segundo lugar, comporta el menosprecio (53), la minusvaloración de las diferencias identitarias de la víctima –de las mujeres– o de sus funciones familiares y sociales a las que asigna menor rango;

---

(51) Cfr. nota 8, legislación de Bolivia o Colombia.

(52) Sobre ello, PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 36 y ss. También TOLEDO VÁSQUEZ, P., «Femicidio», en *Sistema penal & Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito* (pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), Volume 8, N.º 1, 2016, pp. 77-92, 82.

(53) Pone el acento en este elemento, LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIX, 1996, pp. 219 y ss., 281-2.

en tercer lugar, supone una limitación, y en los casos más extremos, la negación de la autonomía, de la propia capacidad de decisión de la víctima; en cuarto lugar, supone siempre una amenaza permanente (recordatorio) de que se usará la violencia en el futuro si la mujer no se aviene a los deseos del hombre y a cumplir el patrón patriarcal; y, por último, puede llegar hasta la absoluta negación de la condición de persona a la víctima, convirtiéndola en mero ente biológico, propiedad del varón. En términos de dogmática penal esto significa que el delito de maltrato a la pareja mujer contiene un mayor desvalor de injusto dado que el desvalor de resultado –el daño– es más grave en atención a la pluralidad de bienes jurídicos afectados por la conducta: más allá de la vida y la integridad física, la libertad, la igualdad y dignidad de la víctima (54).

Ahora bien, de estos elementos de desvalor, que son perfectamente identificables en los actos de violencia sobre la mujer realizada en contextos de violencia de género, no todos se manifiestan cuando nos encontramos ante la violencia máxima que produce la muerte (55). En este caso la muerte no puede ser instrumento de amenaza para la propia víctima, para conseguir su propio sometimiento, dado que no hay persona superviviente que pueda actuar en el futuro y a la que constreñir su libertad. Y tampoco puede verse como una amenaza real al colectivo genérico de mujeres, pues, como he sostenido, la víctima no tiene carácter fungible como en los delitos de odio. Por tanto, en estos casos, los elementos de desvalor que subsisten están todos y solo vinculados a la discriminación misma y a su significado expresivo: negación de los derechos de la mujer, negación de la igualdad, menosprecio y minusvaloración de las diferencias identitarias de la mujer.

Caracterizar la violencia sobre la pareja o expareja mujer como violencia que se ejerce como instrumento de dominación discriminatoria supone la necesidad de indagar en el contexto y en los comportamientos en la relación de pareja para identificar los elementos específicos de desvalor de la violencia ejercida por esta razón. Se trata de elementos de la configuración objetiva del hecho que pueden ser identificados con independencia de cuál sea la actitud interna del autor al realizar el hecho. Y, por tanto, se trata de indagar en el significado objetivo de los hechos, en su dimensión expresiva, comunicativa o de

---

(54) PÉREZ MANZANO, M., *RJUAM* 2016, ob. cit., como en nota 8, p. 37. Eso sí, se trata de bienes individuales de la víctima individual, sobre ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *ADP* 2004, pp. 175 y 176.

(55) PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 43 y ss., 47.

sentido, con independencia de la concreta intencionalidad o motivación del autor (56).

Para que podamos calificar la muerte de una mujer por su pareja o expareja como violencia discriminatoria por razón de género es necesario, de un lado, que se ejerza la violencia en un contexto que refleje dicha discriminación, es decir, que refleje estereotipos patriarcales de subordinación de la conducta de la mujer, y, de otro, que la violencia tenga carácter instrumental respecto de dicha discriminación. La violencia de género, como conducta discriminatoria, es instrumento de dominación del hombre sobre la mujer por lo que refleja el sometimiento, menosprecio y el control de la mujer por el hombre. Sin ánimo de exhaustividad y a los solos efectos de ejemplificar a qué me refiero cuando exijo un contexto de discriminación patriarcal, precisaré que, de acuerdo con estos patrones patriarcales, de la mujer se espera: sumisión al hombre en todas las decisiones familiares –especialmente en las de carácter económico–, disponibilidad sexual, que asuma el cuidado de la casa y familia, que no se relacione con varones ajenos a la familia, o que no supere al hombre en conocimientos o situación profesional. De modo que cuando la violencia se vincule con dichos patrones, podrá calificarse como violencia discriminatoria, o violencia de por razón de género (57).

Así, no cabe ninguna duda de que existe un contexto de violencia de género cuando la violencia se produce en una situación de asignación desigual de roles patriarcales a la mujer en el seno de las relaciones de pareja, esto es, los que se relacionan con las funciones del cuidado de la casa y familia, y la «causa» del conflicto del que emerge la violencia se vincula con dicha asignación de roles patriarcales y su incumplimiento por la mujer (58). En segundo lugar, tampoco puede dudarse de que existe un contexto de discriminación patriarcal cuando la violencia se vincula al incumplimiento del papel de sumisión de la mujer (59). En tercer lugar, tampoco hay dudas cuando se humilla y menosprecia a la víctima, negando sus capacidades o despreciando su

---

(56) Sobre ello DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., como en nota 41, pp. 143 y ss., 165 y ss.

(57) En estos casos de muerte, no obstante, el elemento relativo a la intimidación futura de la víctima no se da. Cfr. PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, pp. 46 y ss.

(58) Cuando se leen resoluciones sobre este tema, se observa que se repiten los motivos de las disputas, vinculados a la asignación de los roles patriarcales en el seno de la familia –el cuidado de hijos, de la casa, del marido–: no me has lavado la camisa; la casa está sucia; eres una vaga, mira cómo está la casa; ponme la cena; deberías ocuparte de tus hijos en lugar de salir con tus amigas, etc.

(59) Por ejemplo, pueden ser indicios de ello cuando el hombre sostiene que la mujer le ha ofendido porque ha manifestado una opinión diferente en público a la suya, o ha evidenciado su falta de conocimientos sobre un tema...

valor o entidad (60), pues dicho menosprecio refleja su propia consideración como inferior. En cuarto lugar, también se constata dicha clase de violencia cuando el hombre ejerce control sobre la actuación y el propio cuerpo de la mujer, negando, por tanto, la autonomía de ésta (61) y su condición de persona.

Que la violencia que se ejerce contra la pareja o expareja sea instrumental a la propia discriminación de la mujer explica que en las sociedades que más han avanzado en la igualdad las cifras de violencia sigan siendo elevadas y que dichas cifras sean más elevadas en entornos urbanos que en entornos rurales. Y esto es así, porque una parte de la violencia que se ejerce hoy sobre las mujeres es una violencia reactiva; mientras la mujer acepta el rol subordinado y sumiso no es necesario el uso de la violencia física; mientras basta una mirada amenazante, no hace falta la agresión física; cuando pese a todo la mujer actúa de manera independiente, el ejercicio de la violencia física se hace necesario para imponer el modelo patriarcal (62). Es por tanto el desafío al modelo patriarcal emprendido por las mujeres un factor que ha elevado el riesgo de sufrir violencia de género en su forma más extrema.

### 3.3 Violencia, ¿por ser mujer? o ¿por dejar de serlo?

Si la conexión entre los delitos de odio y la violencia sobre las mujeres ha planteado siempre problemas, la definición de la misma acuñada por Diana Russel como la que se ejerce contra las mujeres «por el mero hecho de serlo» ha conseguido un amplio consenso doctrinal y legal, hasta el punto de que forma parte de las definiciones de feminicidio adoptadas por los códigos penales (63). En mi criterio, sin

---

(60) «No sirves para nada», «tú no sabes de esto», «cállate cuando yo hablo», etc...

(61) El varón toma las decisiones sobre ella, diciéndole cómo tiene que vestirse o comportarse, negándole la posibilidad de salir, estudiar, trabajar, visitar a sus amigos o parientes, negando su capacidad de decisión en ámbitos económicos, y, por supuesto, decidiendo cuándo y cómo se mantienen las relaciones sexuales.

(62) Cfr. RODRÍGUEZ-MENÉS, J. AND SAFRANOFF, A., «Violence Against Women in Intimate Relations: A Contrast of Five Theories», en *9 European Journal of Criminology*, 2012, pp. 584-602, 597, 599. Este estudio confirma otros previos que habían evidenciado que desequilibrios económicos en la pareja a favor de la mujer, mayor edad de la mujer, son elementos que aumentan las probabilidades de la mujer de sufrir violencia en la pareja. Se trata siempre de circunstancias que desafían el modelo patriarcal. Pero este estudio llega a la conclusión de que la subordinación de la mujer reduce las probabilidades de sufrir violencia, de modo que la violencia tiene un componente reactivo del desafío de las mujeres al modelo patriarcal.

(63) Cfr. por ejemplo, el art. 108.<sup>a</sup> Código penal de Perú; el Convenio de Estambul de 2011, en su art. 3 d) establece que «[p]or «violencia contra la mujer por

embargo, esta definición no es tampoco suficientemente precisa y expresiva del fenómeno.

Cuando se afirma que la muerte de una mujer se ha realizado «por el mero hecho de ser mujer» se envía un doble mensaje: de un lado, se pretende advertir que la muerte de la concreta víctima no responde a un motivo individual conectado con dicha concreta persona, sino que la muerte se produce porque la persona pertenece a la categoría «mujer» (64); de otro, la expresión alude a que la violencia que se ejerce sobre la mujer carece de un motivo que se relacione con lo que la mujer *hace*, sino con lo que la víctima *es*. Parece entonces que se trata de una violencia «gratuita», sin un motivo específico que explique la actuación del autor y sin un propósito concreto de este que se relacione con la concreta víctima. Creo, sin embargo, que la violencia sobre la pareja o expareja no encuentra una definición certera en esta expresión, pues no es violencia *gratuita*. Como acabo de exponer, creo, más bien, que la violencia del hombre sobre la pareja o expareja mujer, que es constitutiva de violencia de género, es una violencia *instrumental*, pues se trata de una violencia que se ejerce para mantener o restablecer las desiguales relaciones de poder en el marco de la pareja.

Por esta razón, porque la violencia del hombre sobre su pareja o expareja mujer tiene siempre carácter instrumental, no me parece adecuado sostener que esta clase de violencia de género es violencia sobre la mujer por el mero hecho de serlo. La violencia contra la mujer por razón de género tiene una relación estrecha con el comportamiento de la mujer, con los patrones sociales de actuación cuyo cumplimiento se reclama de las mujeres (65). En realidad, si partimos de la idea manifestada por Simone de Beauvoir de que no se nace mujer sino que se llega a serlo, sostener que el feminicidio es la muerte de las mujeres por el hecho de serlo no es suficientemente expresiva; si «ser mujer» es comportarse conforme a ciertos patrones sociales que se aprenden, la violencia sobre la mujer no se produciría *por ser mujer*,

---

razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada».

(64) Por ejemplo, SEGATO, L., *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Serie Antropología, Universidad de Brasilia, Brasilia, 2004, p. 13.

(65) La propia Diana Russell parece advertir esta idea, pues su definición presenta una cierta evolución, pasando a apelar al sexismo, en tanto sentido de superioridad de los hombres, como el motivo de los asesinatos de mujeres, y separándose de la caracterización de Caputi de la violencia sobre las mujeres como delito de odio. Cfr. Russell, D., como en nota 25, p. 14; LAPORTA HERNÁNDEZ, E., «Evolución del concepto. Un anglicismo que se desarrolló en América Latina», en ATENCIO, G., *Feminicidio*, como en nota 25, pp. 63 y ss., 65-69.

*sino por dejar de serlo, o para que se sea*: esto es, por no comportarse conforme a los patrones sociales exigidos que identifican al género femenino y para alcanzar el objetivo de un comportamiento de la mujer ajustado a dichos patrones (66). La violencia de género, de un lado, tiene el sentido del castigo que impone el hombre a la mujer por desviarse del comportamiento considerado adecuado, y/o, de otro, tiene la finalidad de dirigir el comportamiento futuro de la mujer. En atención a ello creo que definir la violencia sobre la mujer por razones de género como la violencia que se ejerce «por el mero hecho de ser mujer», sin perjuicio de haber conseguido llamar la atención sobre la dimensión política del fenómeno como negación de los derechos humanos precisamente de las mujeres y de constituir una categoría analítica de primer orden para desvelar los factores discriminatorios que están en la causa de estas muertes, no es la manera más precisa de expresar la esencia de esta clase de violencia, y, en consecuencia, tampoco lo es para definir el feminicidio de la pareja o expareja (67).

#### 3.4 La violencia machista como odio a una determinada manera de ejercer los roles femeninos

Los delitos de odio racial o por razón de nacionalidad, religión u orientación o identidad sexual o de género, tienen en común con la violencia sobre la pareja o expareja mujer que se trata también de delitos en los cuales el elemento discriminatorio es un rasgo constitutivo: la creencia en la propia superioridad del autor y del colectivo al que pertenece, el menosprecio de los rasgos identitarios del colectivo al que pertenece la víctima (68), la pretensión de limitar la capacidad de decisión y actuación de la propia de la víctima. Todos son delitos que se nutren de prejuicios discriminatorios y que se realizan con el objetivo, manifiesto o implícito, de mantener un determinado modelo

---

(66) Todo ello, además, descontando que no hay una manera única de ser mujer. Cfr. De BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, 1.ª ed., 1949; reimpresión, Siglo XXI, Buenos Aires, 1999, p. 13. Sólo en este sentido es cierto que el feminicidio es un hecho en el que no es indiferente la víctima, sino que se produce precisamente porque es mujer y ser mujer significa padecer la discriminación estructural que, como pauta de comportamiento social, es la causa de los propios feminicidios. Cfr. LAURENZO COPELLO, P., como en nota 7, pp. 122 y ss.

(67) Como afirma LAURENZO COPELLO, feminicidio es toda muerte de una mujer derivada de la discriminación por razón de género. *Idem* nota anterior.

(68) Como afirma AÑÓN ROIG (como en nota 20, pp. 125 y ss., 134), el comportamiento discriminatorio como tratamiento desfavorable tiene «carácter grupal o colectivo» pues la discriminación se experimenta desde características que se comparten con el colectivo, con el grupo, a pesar de la heterogeneidad interna del mismo.



de relaciones sociales que asigna un comportamiento subordinado, inferior a los integrantes de los colectivos discriminados (69) a los que se les niegan iguales derechos y autonomía para desarrollar libremente su personalidad (70), o, incluso, el derecho a su propia existencia. Todos expresan un mensaje de menosprecio a las víctimas. Sin embargo, como acabo de sostener, no creo que ello convierta a todos los delitos con componente discriminatorio en delitos de odio (71). Es más, creo que es distorsionador y político-criminalmente negativo encuadrar el feminicidio de la pareja o expareja entre los delitos de odio. Como acabo de razonar, la violencia del hombre sobre su pareja o expareja mujer no contiene el elemento de odio genérico al colectivo «mujer», ni la dimensión de sentido de delito colectivo de amenaza a toda mujer que caracteriza el resto de los delitos de odio. Tampoco puede afirmarse con propiedad que la víctima sea fungible. Finalmente, sus elevadas cifras constituyen un indicio de su propia especificidad.

Ahora bien, ello no significa que no sea posible identificar un cierto elemento de «odio» en los delitos de violencia sobre la mujer por razones de género, también en el feminicidio de la pareja o expareja. En mi criterio, el odio no se proyecta sobre lo que las mujeres somos, sino sobre la forma en la que nos comportamos de acuerdo con nuestras creencias, valores e ideas; la aversión se dirige hacia un tipo especial de creencias o ideología que viene constituida por la propia ideología de la igualdad de género o igualdad entre los géneros, que asigna a la mujer una posición de igualdad respecto de los hombres.

---

(69) Cfr. MILTON PERALTA, J., «Homicidios por odio como delitos de sometimiento, (Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)», *Indret* 4/2013.

(70) Que las personas de raza negra no voten o acudan a las mismas escuelas que los blancos, que los judíos no puedan tener propiedades, que los migrantes no puedan viajar libremente o acceder a servicios médicos, todos son muestra de que se pretende un comportamiento distinto del discriminado. Incluso en relación con la orientación sexual y el comportamiento de género, lo que se pretende es un comportamiento heterosexual tradicional de todas las personas. Por tanto, tras todo delito de odio, hay una pretensión de modificar el comportamiento de la víctima y de imponerle un modelo de comportamiento distinto. Son delitos que se nutren de un prejuicio discriminatorio y que tienen un carácter finalista-instrumental.

(71) Todo ello con independencia de si en la configuración dogmática de los delitos o agravación, el odio debe ser interpretado como un elemento subjetivo que añade desvalor por el carácter del motivo o no. En criterio, como ha señalado un sector relevante de la doctrina, lo que caracteriza estos casos es un mayor desvalor del injusto. Cfr. LAURENZO COPELLO, P., como en nota 53, pp. 219 y ss., p. 281; LANDA GOROSTIZA, J. M., como en nota 41, pp. 185 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., como en nota 41, pp. 143 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., como en nota 41, pp. 24 y ss., 32.

La violencia contra la pareja o expareja evidencia el odio a esta *ideología*, a la manera de concebirnos a nosotras mismas –como iguales– y el odio a la manera de presentarnos en el mundo y actuar en sociedad –libres, dignas–. Una ideología, una manera de actuar que no encaja con el modelo tradicional patriarcal discriminatorio.

Ello implica que, en realidad, el odio del machista no se dirige a todas las mujeres como colectivo, sino a una *determinada manera de concebir y ejercer los roles femeninos*. Y ese odio le conduce a odiar a un grupo de mujeres, las que actúan y se comportan conforme a ese parámetro de igualdad que se odia. Es también cierto que ese odio alcanza, sobre todo, a la mujer que es o ha sido su pareja, porque, en el imaginario machista, es precisamente ese comportamiento igualitario de su pareja el que le niega el papel de superioridad que cree le pertenece por derecho natural, y le sustrae una parte de la que considera su identidad fundamental masculina. Es más, ese comportamiento igualitario de su pareja o expareja daña, según sus creencias, su propia identidad masculina: el comportamiento igualitario de la mujer se le hace más insoportable al hombre si se manifiesta en sus relaciones con su pareja que si se manifiesta en otro contexto social.

Como he expuesto en otro lugar (72), la violencia de género más significativa es la *violencia de género doméstica, y, dentro de ella, la que se ejerce contra la pareja*. Y ello se debe a que el *contexto familiar es especialmente apto* para generar violencia de género: primero porque se trata de un espacio *privado* en el que existen relaciones de dependencia y en el que las personas se manifiestan de forma más desinhibida. Pero también porque las relaciones de pareja son el *espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más tradicionales y discriminatorios*: aquéllos que pretenden reducir el papel de la mujer y la identidad femenina a funciones de cuidado de la pareja y los hijos y de subordinación a la autoridad masculina; por ello, paralelamente, para el hombre, la familia, y más en concreto la pareja, es el último reducto donde ejercer el rol masculino dominante sin el cual, el hombre que se manifiesta anclado en el modelo patriarcal, se considera a sí mismo carente de identidad.

Dicho de otro modo, la familia –y en su marco, la pareja– es el espacio respecto del que se han construido socialmente en el género masculino mayores expectativas acerca de su superioridad sobre la mujer y acerca del rol femenino patriarcal sumiso que ésta debe asumir, de modo que las posibilidades de que un varón vea frustradas sus

---

(72) PÉREZ MANZANO, M., como en nota 8, p. 22.

expectativas de género (masculinas) son mayores. En otros contextos, por el contrario, las expectativas del hombre son menores o este gestiona su frustración de un modo distinto (73), siendo incluso controladas socialmente –como no están bien vistas pueden ser reprochadas–. En otras ocasiones, el hombre ni siquiera manifiesta socialmente la frustración de su expectativa porque la asume individualmente, y en silencio, a condición de tener otro espacio en el que poder seguir desarrollando la que considera su identidad masculina –su rol superior y de dominación sobre la mujer–: acepta el rol igualitario femenino en sociedad mientras pueda seguir ejerciendo su rol dominante en privado. Por ambas razones, la igualdad en la pareja se le hace más insoportable que en otros contextos sociales: porque es la que incide de forma más directa en el núcleo de sus creencias identitarias masculinas–machistas–; porque sin el reducto privado de dominación sobre la mujer carece de entorno en el que desarrollar su propia identidad masculina –machista– (74).

#### 4. ALGUNA CONCLUSIÓN

La identificación en estos casos de un rasgo expresivo de «odio» y la explicación de las razones del mayor riesgo de sufrir violencia en el seno de la pareja, no implican que el feminicidio de la pareja o expareja contenga siempre una dimensión colectiva fundamental de amenaza genérica al colectivo de las mujeres ni desde una perspectiva fenomenológica, ni desde una óptica comunicativa. La muerte en estos casos sigue teniendo sustancialmente una dimensión individual: aunque comporte un daño mayor, este se ciñe a los efectos

---

(73) Cfr. LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y sistema penal: violencia doméstica*, Buenos Aires (B de f), 2008, pp. 4, 5 y ss.

(74) Ello no quiere decir que el «odio» del machista se proyecte sólo sobre la mujer, y, en particular, sobre su mujer; en realidad si lo que se odia es la ideología de la igualdad entre géneros, el odio se proyectará también sobre todo comportamiento realizado por los hombres que cuestione el modelo discriminatorio patriarcal y los roles asignados: hacia el hombre que no se comporta de acuerdo con los roles patriarcales asignados. En primer lugar, sin duda, se proyecta contra el hombre que evidencia una preferencia sexual o una identidad de género que no se corresponde con el patrón (homosexuales, transexuales, intersexuales); en segundo lugar, se proyecta contra el hombre que asume roles tradicionalmente «femeninos» en el modelo patriarcal (se ocupa de la casa, los hijos, etc.). Y también se proyectará sobre otras mujeres por razón de su orientación sexual o identidad de género, porque también las mujeres lesbianas o trans-género cuestionan el modelo de comportamiento patriarcal.

producidos en los bienes de la víctima individual, en su vida, en su dignidad, en su derecho a no padecer discriminación. Podría sostenerse que debido a que esta clase de muertes se insertan en una pauta discriminatoria estructural tienen una dimensión colectiva, pues envían un significado global al colectivo «*mujer*», emancipada o no (75). Siendo ello cierto, no creo que este efecto comunicativo sea mayor al que tiene cualquier comisión de un delito; pues también todo delito tiene siempre una dimensión comunicativa a la que se reacciona con la pena.

En suma, aunque en el feminicidio de la mujer por parte de su pareja o expareja se pueda identificar un objeto «odiado» –la propia igualdad de género en las relaciones de pareja como creencia o ideología–, y un colectivo sobre el que se proyecta –las mujeres que pretenden dicha igualdad en el seno de las relaciones familiares–, no es este el elemento que dota de identidad al hecho. Es el carácter instrumental de la violencia respecto de la discriminación patriarcal el elemento que aporta sentido y desvalor específico al hecho. Por tanto, es el elemento que puede ser tomado en consideración bien para la tipificación penal autónoma de esta clase de muertes, bien para su sanción a través de una circunstancia de agravación.

Varias son las consecuencias preliminares que se extraen de lo expuesto de cara a la tipificación penal del feminicidio de la pareja o expareja por el hombre: tanto si se opta por la tipificación autónoma del feminicidio como por su tratamiento punitivo en el marco de los delitos comunes contra la vida con aplicación de una agravación específica, debe individualizarse el tratamiento penal del feminicidio de la pareja o expareja del que se otorgue a los delitos de odio y no debe caracterizarse como un tipo de violencia de odio sobre las mujeres, o

---

(75) Frente a las mujeres no emancipadas, el mensaje es «no intentes emanciparte o atente a las consecuencias». En efecto, si la aversión se proyecta sobre la forma en que se ejercen los roles femeninos, pareciera que el colectivo odiado y en riesgo de ser víctimas de violencia de género sería sólo el de las mujeres emancipadas. Pero esta conclusión es errónea. A estos efectos resulta pertinente recordar varias ideas fundamentales. La primera es que hay un amplio elenco de conductas violentas cuyo sentido es simplemente expresivo de la superioridad y el poder masculino. Estas solo tienen la finalidad de dejar clara la diferente posición de autor y víctima, y, por tanto, en estos casos la violencia no se ejerce en reacción a una conducta que trasgrede los roles patriarcales, sino que se produce también ante conductas sumisas de la víctima. Y la segunda es que una parte de la violencia machista ejercida tiene también su causa en hechos imaginarios u ofensas irreales, es decir, en creencias erróneas del hombre sobre el comportamiento real de la víctima concreta; creencias que son reflejo del conjunto de tópicos o imaginario machista. Desde esta perspectiva, toda mujer, sumisa o emancipada, que tenga una relación de pareja con un machista violento está expuesta al riesgo de ser víctima de violencia con independencia de su comportamiento.

por razón de misoginia (autonomía de feminicidio); en todo caso ha de dejarse claro que esta agravación tiene un fundamento objetivo específico, parcialmente distinto al que justifica los delitos de odio discriminatorio, aunque compartan un núcleo común; en la tipificación del feminicidio de la pareja cometido por el hombre no basta con la mención del contexto relacional –la pareja o expareja– pues este no identifica el núcleo específico del supuesto ni su fundamento agravatorio; el mandato de taxatividad exige que el tipo penal incorpore el elemento que fundamenta la agravación, esto es, el carácter de la violencia ejercida para alcanzar, mantener, restablecer o simplemente evidenciar una posición dominante del hombre y discriminatoria de la mujer (los contextos de la discriminación).

#### 4.1 Autonomía del feminicidio de la pareja o expareja

Si, como he sostenido, hay una diferencia esencial entre la muerte que el hombre realiza de su pareja o expareja mujer y la muerte de otras mujeres por odio a las mujeres –por misoginia–, la definición del feminicidio de la pareja como violencia por odio contra las mujeres no es suficientemente precisa, y la tipificación conjunta de ambas clases de muerte de las mujeres es distorsionadora. La muerte por misoginia si contiene el elemento de amenaza al colectivo típico de los delitos de odio. Un componente de desvalor del injusto que puede conducir a un marco de pena distinto al de otras muertes de las mujeres.

En este contexto, creo que ha acertado el legislador argentino al tipificar de forma separada las dos clases de muerte, la que se fundamenta en la misoginia y la que se conecta con la violencia de género. De un lado, la muerte «*por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*» (art. 80.4 CP argentino) que incluirá todo caso de delito de odio, también contra las mujeres, en el que la identidad concreta de la víctima sea irrelevante. Y, de otro, la muerte «*a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*» (art. 80.11 CP argentino), dejando claro que no basta con la condición de hombre del autor y de mujer de la víctima, sino que la aplicación de la pena agravada exige que, además, haya mediado *violencia de género*, excluyendo, por tanto, la posibilidad de una calificación automática como feminicidio de cualquier muerte de mujer perpetrada por un

hombre (76). Por el contrario, yerran las legislaciones que regulan de forma conjunta ambos tipos de muerte y las que identifican el contexto relacional de pareja como de por sí suficiente para entender producida la violencia de género (77).

## 4.2 La discriminación patriarcal y sus contextos

Como he sostenido (78), no es buena política criminal la que se concreta en legislaciones penales que establecen que todo caso de violencia o muerte por el hombre de su pareja o expareja mujer es constitutiva de violencia de género, porque desconoce que existen algunos casos (79) en los que, a pesar de existir el contexto relacional de la

---

(76) La legislación argentina ha generado no poca polémica y problemas interpretativos, de un lado, porque junto a ambos casos, en el número 1 se incluyen los tradicionales casos de parricidio, y, de otro, porque hay que precisar qué es la violencia de género. Cfr. TOLEDO VÁSQUEZ, P., como en nota 23, pp. 86 y ss.

(77) Ejemplo de lo primero es el art. 45 de la Ley especial de El Salvador que sanciona como feminicida con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien causare «la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer», señalándose que «se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: .../ ... Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género». Y de lo segundo, el art. 252 bis del CP de Bolivia tras la reforma de 2013 («Se sancionará con la pena de presidio de treinta (30) años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer, en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. El autor sea o haya sido cónyuge o conviviente de la víctima, esté o haya estado ligada a esta por una análoga relación de afectividad o intimidad, aun sin convivencia»). No está muy clara la redacción del art. 104 A del Código penal de Colombia tras la reforma de 2015 («quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses»); en una primera lectura, parece comprender distintas modalidades alternativas, en cuyo caso sería una legislación errónea; ni tampoco es clara la interpretación del art. 108 b del Código penal de Chile tras la reforma de 2013 («Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar;.../... 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente»), pues aunque el enunciado comprende una definición genérica (matar a la mujer por su condición de tal), que permitiría considerar que exige un elemento añadido a los contextos o situaciones específicas que menciona, carece de sentido dicha interpretación en relación con el punto 4, dado que este incorpora por sí mismo el elemento discriminatorio; de modo que parece que la muerte en un contexto de violencia familiar siempre se calificaría de femicidio.

(78) Como en nota 8, pp. 41 y ss.

(79) Sin duda constituyen la minoría de los casos.

pareja, sin embargo, la violencia no es manifestación de la discriminación patriarcal de la mujer (80). Tampoco es buena técnica de tipificación penal la que introduce cláusulas absolutamente vagas y abiertas que no permiten al ciudadano prever las consecuencias de sus acciones y dejan al juez en una situación incómoda de concreción de la ley en ámbitos, como al que me refiero, en los que los prejuicios latentes juegan un papel esencial. Hay que convenir que las legislaciones penales de América Latina que han incorporado el feminicidio no son óptimas pues contienen imprecisiones y duplicidades y son expresión, en muchos casos, de un exacerbado punitivismo. Pero, sobre todo, no lo son porque carecen de un modelo que identifique con suficiente precisión el fenómeno delictivo y el fundamento del específico y mayor desvalor que pretenden incorporar los delitos. Solo a partir de una posición clara sobre ambos extremos se pueden construir los tipos penales de forma político-criminalmente adecuada y con respeto del mandato de determinación.

Como ya he expuesto, lo que fundamenta la singularidad de esta clase de violencia ejercida por el hombre sobre la mujer es que se realiza para alcanzar, mantener o restablecer una posición dominante del hombre y discriminatoria de la mujer. Este rasgo permite identificar elementos específicos de desvalor que pueden ser objetivados con independencia de la actitud interna del hombre (81) y que, como ya he señalado, pueden concretarse en el ataque a la igualdad de la víctima, al negarle sus derechos iguales; el menosprecio y minusvaloración de las diferencias identitarias de la víctima –de las mujeres– o de sus funciones familiares y sociales; en la limitación y negación de la autonomía de la víctima; en la amenaza permanente a su libertad y derechos; y, en su caso, en la absoluta negación de la condición de persona a la víctima, convirtiéndola en mero ente biológico, propiedad del varón. Ahora bien, como ya he advertido, de los elementos de desvalor que hemos identificado en el maltrato realizado por el varón sobre su pareja o expareja mujer solo subsisten en el feminicidio de la pareja o expareja los que están vinculados a la discriminación misma y a su significado expresivo: negación de los derechos de la mujer, negación

---

(80) Lo mismo puede decirse de las legislaciones que establecen la mera existencia de una relación laboral, de compañerismo o amistad como suficiente para considerar feminicidio la muerte de la mujer por el hombre. Así el art. 252 bis del CP de Bolivia, o el art. 104 A CP de Colombia.

(81) En este sentido estoy de acuerdo con MILTON PERALTA, J., como en nota 69, pp. 10 y ss., en que el elemento relevante de desvalor no tiene carácter subjetivo, no se centra en los motivos del autor.

de la igualdad, menosprecio y minusvaloración de las diferencias identitarias de la mujer.

A partir de esta identificación del fundamento y desvalor del feminicidio, los legisladores deben hacer un esfuerzo en su tipificación de cara a describir de la forma más precisa posible los contextos que pueden constituir expresiones de dicha discriminación, distinguiendo aquellos en los que siempre y en todo caso se entenderá que la violencia es manifestación de la discriminación patriarcal, y aquellos que pueden representarla y en los que, por tanto, habrá que indagar de forma complementaria. Así, en primer lugar, pueden identificarse algunos contextos en los que *siempre y en todo caso*, sin necesidad de mayor comprobación de las circunstancias particulares del caso, podemos afirmar que concurre esta clase de violencia. En mi criterio, ello se produce, sin duda, cuando existe una violencia habitual previa, cuando la muerte se conecta con la negativa de la mujer a establecer, mantener o reanudar una relación de pareja y cuando se vincula con la comisión de atentados a la libertad sexual de la mujer (82). Los tres son ejemplos no solo de negación de la autonomía de la víctima, sino específicamente, de la asignación de roles sociales subordinados a la mujer en las relaciones hombre-mujer que, por tanto, son expresión de la discriminación patriarcal de la mujer. Todos son expresión simbólica de una pretensión de posición dominante del hombre en sus relaciones con la mujer.

Más allá de estos casos (83), será necesario, en segundo lugar, analizar el *caso concreto* indagando sobre su contexto para determinar si la muerte se ha producido en un contexto de discriminación patriarcal, como instrumento para asegurar, establecer o restablecer dicha discriminación. A tal efecto puede ser de gran utilidad partir de los supuestos que ya he mencionado, de *predominio, menosprecio y control*, que pueden servir de parámetro general interpretativo. Habrá que analizar cada caso concreto siempre para examinar en qué medida las circunstancias concurrentes previas, coetáneas o posteriores a la muerte habilitan para interpretarlas como un contexto de violencia discriminatoria patriarcal. Y esto afecta también al feminicidio de la pareja o expareja, pues, como he sostenido, la existencia de este con-

---

(82) El primero se incluye por ejemplo, en el art. 6 de la Ley del feminicidio de Guatemala de 2008; la violencia sexual en el art. 148 bis del CP federal de Méjico; y los tres se contemplan en el art. 9 de la Ley Integral contra la Violencia contra las Mujeres de Nicaragua de 2012.

(83) Es posible que haya algún otro contexto en el que si se ejerce violencia siempre y en todo caso se considerará expresiva de violencia discriminatoria. De momento, creo que sólo hay consenso sobre los tres mencionados en el texto.



texto relacional no es requisito por sí mismo suficiente para la catalogación del hecho como violencia discriminatoria. Esta exigencia añadida –el contexto de discriminación patriarcal individualizado– no tiene porqué dificultar la persecución penal de estos delitos si se procede a una adecuada formación de la policía, fiscales y jueces, para señalar la importancia de que, desde la denuncia misma, se indague sobre el contexto y sobre el modelo de relaciones entre autor y víctima; de él va a depender la afirmación de la concurrencia de los elementos fácticos que permitirán la subsunción de la muerte de la pareja o expareja en el feminicidio, o la aplicación de la agravante de haber obrado por motivos discriminatorios por razón de género, si esta es la opción legislativa de referencia.

# La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del «Tatbestand»\*

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*Frente a la concepción procesalista, Beling propondrá entender la tipicidad más bien como un elemento constitutivo o momento del delito. En Beling el «Tatbestand» presenta un triple sentido: como categoría garantista, sistemática y conceptual. Desde entonces entra en las construcciones de la teoría del delito. En este trabajo se ponen de relieve algunas limitaciones del concepto de «Tatbestand»: adolece de cierto formalismo; ha perdido parte de su capacidad tanto crítica como limitadora del ius puniendi.*

Palabras clave: *Beling, teoría del delito, tipo, tipicidad, Tatbestand.*

## ABSTRACT

*Faced with the proceduralist conception, Beling proposes to understand the typicity as a constitutive element or moment of the offence. In the Beling's position, the "Tatbestand" presents a threefold sense: first of all, a guarantee function, then a sys-*

---

\* Este texto tiene por base la ponencia que, con el mismo título, fue expuesta en el simposio El legado de los clásicos (12 y 13 de enero de 2017) con motivo de los 25 años del Seminario de profesores de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Agradezco las observaciones y sugerencias recibidas en el curso de aquel seminario, y en especial las realizadas al manuscrito por Sergi Cardenal Montraveta. Abreviaturas principales: GA, Goltdammer's Archiv für Strafrecht; GS, Der Gerichtssaal; LvT, BELING, E., Die Lehre vom Tatbestand, 1930; LvV, BELING, E., Die Lehre vom Verbrechen, 1906; RIDP, Rivista Italiana di Diritto Penale; ZIS, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik; ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

*tematic function and finally a conceptual function. Since then this doctrine of the Tatbestand enters into the constructions of the theory of crime. This work highlights some limitations of the concept of "Tatbestand": it suffers from some formalism; it has lost part of its capacity, both critical and limiting of the ius puniendi.*

Key words: *Beling, theory of crime, legal elements of the offence, typicity, Tatbestand.*

SUMARIO: I. Contexto bio-bibliográfico.–II. La aportación del Beling penalista; II.1 Condicionamientos; II.2 La evolución de la doctrina del «Tatbestand»; II.3 El núcleo de la doctrina de Beling sobre la tipicidad.–III. El Beling procesalista.–IV. La herencia penalista de Beling.

El nombre de Ernst Beling (1866-1932) se asocia –y con razón– a la doctrina de la tipicidad, del «Tatbestand», como su iniciador. Sin negar esta evidencia, queda por valorar su actualidad en la dogmática jurídico-penal. El objeto de esta investigación es destacar la aportación en Derecho penal. Trazaré primero un breve resumen de la doctrina que puede considerarse el núcleo o esencia de la aportación de Beling en Derecho penal, tanto material (II), como procesal (III); para después valorar en qué medida se trata de una herencia relevante y si cabe considerarla aun hoy día doctrina viva (IV). Antes de adentrarnos en el tema, es preciso situar a nuestro autor en su contexto, como pretendo hacer a continuación (I).

## I. CONTEXTO BIO-BIBLIOGRÁFICO

1. Ernst Ludwig Beling (1) nace el 19 de junio de 1866. Comienza en 1885 sus estudios de Derecho en Leipzig, en donde

---

(1) Sobre Beling existen diversas obras dignas de atención: BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, Bonn y Colonia, 1932; SCHWEIKERT, H., *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957; PLATE, H., *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker. Seine Lehren zur Begriffs- und Systembildung*, Berlín, 1966. Asimismo, en nuestra doctrina es digna de mención la obra de CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, Barcelona, 2002; y tempranamente la obra de BALLVÉ, F., «La teoría jurídica del delito según Beling», *Anales de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas*, tomo IX, memoria 4.<sup>a</sup>, Madrid, 1913, pp. 7-65 (141-205). No faltan además breves referencias bio-bibliográficas: KERN, E., «Ernst Beling. Ein Nachruf», *GS* 103 (1933), pp. 37-69 (de donde se toman abundantes datos para esta investigación); PLATE, H., «Ernst von Beling 1866-1932,

puede beneficiarse del magisterio de Karl Binding, y los prosigue en Bresca, en donde concluye en 1888. Dos años después, en 1890, culmina su doctorado, sobre un tema de Derecho civil (2). A continuación, hasta 1893, realiza el Refendariat y el escrito de habilitación, sobre la evolución histórica de la compensación en Derecho penal (3). Es Privatdozent hasta 1897, año en que pasa a enseñar como profesor extraordinario en Breslau. En 1898 obtiene el título de profesor ordinario de esta misma Universidad, en donde sustituye a Hans Bennecke. Poco después, en 1900, en la de Gießen sustituye a Frank. Desde el semestre de invierno de 1902-1903 ejerce en la Universidad de Tübinga; tras ser rector (1912-1913) en esta, se traslada en 1913 a la de Múnich, en donde comienza a enseñar también en materias de Filosofía del Derecho. Fallece el 18 de mayo de 1932.

2. La producción científica de Beling en lo que ahora es objeto de nuestro interés abarca diversas obras, publicadas a lo largo de los 25 años que median entre 1906 y 1930 (esto es, en Tübinga y Múnich). En particular, por lo que a la doctrina del tipo se refiere, recorre tres momentos o hitos. En primer lugar, se formula en 1906, en *Die Lehre vom Verbrechen* (4). Tiempo después, en segundo lugar, la doctrina del tipo se incluye en una obra didáctica que en sucesivas ediciones venía publicando, los *Grundzüge des Strafrechts*, en concreto ya en su 4.<sup>a</sup> edición (1912) y sucesivas (5). Y se cierra, en tercer lugar, con la publicación en 1930 tanto de *Die Lehre vom Tatbestand* (6), como de

---

Strafrechtslehrer in Tübingen von 1902-1913», en ELSENER, F., *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübinga, 1977, pp. 121-135; TORÍO LÓPEZ, A., «Ernst Beling», en DOMINGO, R., *Juristas universales*, Madrid y Barcelona, 2004, vol. III, pp. 824-829. Y vuelve a ser tema de interés para otros ámbitos del Derecho penal: AMBOS, K., «100 Jahre Belings Lehre vom Verbrechen»: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?», *ZIS* 10/2006, pp. 464-471 (trad. esp., Garrocho, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2007, 09-05).

(2) El cual había sido objeto de su primer examen de Estado: cfr. KERN, E., *GS* 103 (1933), pp. 39-40.

(3) Cfr. KERN, E., *GS* 103 (1933), p. 40.

(4) BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübinga, 1906 (reed., Aalen, 1964; Goldbach, 1997); también en BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, 3.<sup>a</sup> ed., Tübinga, 1905 (cfr. *infra*, nota 38).

(5) El planteamiento se incoa ya en la 3.<sup>a</sup> ed. y se consolida en la siguiente. Los *Grundzüge* no son propiamente un manual, sino una breve y esquemática obra didáctica en la que no obstante van encontrando acogida planteamientos más personales: BELING, E., *Grundzüge des Strafrechts*, 1.<sup>a</sup> ed., Tübinga, 1899; 2.<sup>a</sup> ed., 1902; 3.<sup>a</sup> ed., 1905; 4.<sup>a</sup> ed., 1912; 5.<sup>a</sup> ed., 1919; 6.<sup>a</sup>/7.<sup>a</sup> ed., 1920; 8.<sup>a</sup>/9.<sup>a</sup> ed., 1925; 10.<sup>a</sup> ed., 1928; 11.<sup>a</sup> ed., Tübinga, 1930 (trad., SOLER, S., *Esquema de Derecho penal*, Buenos Aires, 1944).

(6) BELING, E., *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübinga, 1930, de la que existen al menos dos traducciones: primero, la de Prieto Castro/Aguirre Cárdenas (BELING, E., *El rector de los tipos de delito*, Madrid, 1936); seguida por la de Soler (BELING, E.,

la 11.<sup>a</sup> edición, la última, de los *Grundzüge*. La obra de Beling no se refiere solo a materias de Derecho penal (7), sino también de Derecho procesal (8), así como de Filosofía del Derecho (9).

3. El propio Beling afirma que, siendo estudiante en Leipzig, el magisterio de Binding fue clave para interesarse y dedicarse al Derecho penal [«a Binding se debe que yo sea penalista» –dejará escrito– (10)]. Sin embargo, no es hasta tiempo después, siendo ya profesor, cuando este conoció a Beling. La influencia de Binding en Beling se percibe en algunos temas como la libertad o la función retributiva de la pena (11), así como en la distinción entre norma y ley penal, que este acoge (12). Sobre esta base formularía Beling la doctrina de la tipicidad, por la que sería más conocido.

---

*La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944). Sobre esta obra, cfr. la valoración que inmediatamente mereció a BETTIOL, G., «La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione», *RIDP* 4 (1932), pp. 525-530.

(7) BELING, E., *Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen*, Breslau 1894; ID., *Begünstigung und Hehlerei. Urkundenfälschung, Betrug, Nahrungsmittelfälschung*, Berlín, 1907; ID., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig 1908 (reimpr., Aalen, 1978); ID., *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919*, Berlín-Grünwald, 1922.

(8) Así, entre otros escritos, su lección inaugural en Tubinga, de 1903: BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, 1903 (reimpr., Darmstadt, 1968). Es autor a su vez de manuales: primero se hizo cargo del manual de Derecho procesal penal que había iniciado Hans Bennecke (BENNECKE, H./BELING, E., *Lehrbuch des Deutschen Reichs-strafprozessrechts*, Breslau, 1900), a quien Beling había sustituido en la cátedra de Breslau. Y luego publicó su propio manual: BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts*, Berlín, Leipzig, 1928 (reimpr., Goldbach, 1997); del que existe trad. esp., Fenech: *Derecho procesal penal*, Barcelona..., 1943). Asimismo, es autor de obras didácticas: ID., *Fälle aus dem Strafprozessrecht zum akademischen Gebrauch*, Tubinga, 1905. Cfr. KERN, E., *GS* 103 (1933), pp. 56-58.

(9) BELING, E., *Revolution und Recht*, Augsburg, 1923; ID., *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Augsburg, 1923; ID., «Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück», en STOLL, H. H. (ed.), *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt*, Tubinga, 1931, pp. 1-18. Cfr. KERN, E., *GS* 103 (1933), pp. 58-59.

(10) «Wenn ich Kriminalist geworden bin, so hat mich Binding dazu gemacht»: BELING, E., en PLANITZ, H. (ed.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, vol. 2, Leipzig, 1925, p. 5 (para CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 27, nota 19, la cita se sitúa en 1924, p. 4). Cfr. además *infra*, nota 20.

(11) En opinión de KERN, E., *GS* 103 (1933), p. 39, Beling haría suyas algunas posiciones claves de Binding sobre la libertad de voluntad, responsabilidad personal y retribución (al respecto, cfr. BELING, E., *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., § 2. III; § 13. I).

(12) Cfr. BELING, E., *LvV*, pp. 115-131. Sobre las diferencias entre la posición de Beling y Binding, cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 63-64, en nota 85.

4. La influencia del Beling penalista se deja sentir en la obra de no pocos autores, algunos de los cuales pueden calificarse como sus discípulos. En el ámbito alemán, Freudenthal, Mezger, Baumgarten, Kern, Foltin y Engisch. En España, Cuello Calón y Masaveu, además de la consideración que mereció entre otros a autores como Jiménez de Asúa y Ballvé (13), o Prieto Castro y Aguirre Cárdenas; y Soler, en Argentina (14). En Italia, mereció la atención de Delitala y Bettiol (15). Influyó además en autores de Japón, China, Grecia (16).

Hasta aquí los datos de contexto sobre su vida, obra e influencia en su tiempo. Vayamos ahora a su doctrina sobre el «Tatbestand».

## II. LA APORTACIÓN DEL BELING PENALISTA

### II.1 Condicionamientos

1. Para hacerse idea de la relevancia de la aportación de Beling, hay que tener en cuenta tres condicionamientos. En primer lugar, el estado de la doctrina penalista contemporánea a nuestro autor (párr. 2-3). También, en segundo lugar, la dificultad de traducción del término («Tatbestand») por él empleado (párr. 4-5). Y además, en tercer lugar, la propia evolución en su pensamiento (párr. 6). Puede afirmarse que la idea de la tipicidad supone una novedad doctrinal con nuestro autor, pero presenta también una evolución en el propio Beling, algo que no siempre se tiene en cuenta. En efecto, en comparación con el estado de la doctrina, su aportación resulta novedosa; a la vez, la novedad va evolucionando, pues desde 1906 hasta 1930 conoce diversas formulaciones. Así, hasta el punto de que resulta difícil resumir el contenido esencial de la doctrina de Beling, más allá de afirmaciones obvias y asumidas.

---

(13) La obra de F. Ballvé, cit. en nota 1 («La teoría jurídica del delito según Beling», *Anales de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas*, tomo IX, memoria 4.<sup>a</sup>, Madrid, 1913, pp. 7-65) es un breve resumen de la doctrina de Beling, basado en *Die lehre vom Verbrechen* y la 3.<sup>a</sup> ed. de los *Grundzüge*, cuyo principal valor reside sobre todo en haber suscitado muy tempranamente el interés de la doctrina española.

(14) Cfr. *supra*, notas 5 y 6.

(15) Cfr. además DELITALA, G., *El «fatto» nella teoria generale del reato*, Padua, 1930 (trad. esp., Sferrazza Taibi: Montevideo, Buenos Aires, 2009); BETTIOL, G., *RIDP* 4 (1932), pp. 525-530.

(16) Cfr. KERN, E., *GS* 103 (1933), pp. 50, 64-65.

2. Cuando Beling propone su doctrina del «Tatbestand», era habitual en la manualística en lengua alemana exponer los contenidos de lo que comenzaba a denominarse «teoría del delito» sobre la base de las categorías de acción, injusto y culpabilidad, entendidas como condiciones o presupuestos de los que depende una consecuencia jurídica penal (17). Y todo ello constituiría el «Tatbestand»; es decir, este abarcaría el conjunto de presupuestos de la penalidad. Así, por ejemplo, en autores como Hugo Meyer (1837-1902), la exposición del delito se realiza en torno a la idea de acción, con su faceta objetiva y subjetiva, seguida de la doctrina de la tentativa y la participación, a las que se suman las de la antijuridicidad y culpabilidad: aquí las referencias al tipo –tal y como hoy lo entendemos– brillan por su ausencia más allá del conjunto de los elementos objetivos y subjetivos concretos que constituyen cada definición de delito (18): se trata de una exposición dominada por el enfoque tópico y escasamente sistemática, en la que no se precisa recurrir a la tipicidad (19). Un contenido semejante es el que tiene en la exposición de Binding (1841-1920), para quien el «Tatbestand» es el supuesto de hecho que describe la ley (20), esto es, el presupuesto jurídico (21) que, junto con la consecuencia jurídica, conforman la norma; el conjunto de «elementos esenciales de una infracción» (22); la «descripción de la acción

(17) Con el fin de percibir su aportación, es oportuno tener en cuenta el estado de la manualística de finales del s. XIX. Si partimos de la doctrina que sigue al StGB 1871 y a los autores hegelianos (por ejemplo y en concreto, Köstlin, Abegg, Hälschner y Berner), es necesario prestar atención, por supuesto, a la obra de von Liszt, como también a Binding, Meyer, Adolf Merkel y Schaper, entre otros. Cfr. también el sentido de «Tatbestand» en LUDEN, H., «Ueber den Thatbestand des Verbrechen nach dem gemeinen teutschen Strafrechte», en ID., *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, vol. II, Gotinga, 1840.

(18) Cfr. MEYER, H., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Erlangen, 1875, p. 140.

(19) Cfr. MEYER, H., *Lehrbuch*, 1875, pp. 129-131: en estas páginas introduce el autor la exposición que a continuación dedica a los delitos en particular, precedida de una descripción de las penas y de los presupuestos o elementos comunes («das Delict»). En concreto, sobre estos últimos expresa que se trata de «los principios generales sobre la acción punible misma» (p. 130), que incluyen imputabilidad, tentativa y participación, estado de necesidad, prescripción... (p. 129).

(20) Cfr. BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, Leipzig, 1885, pp. 179, 504; ID., *Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., Leipzig, 1913, reimpr., Aalen, 1975. No cabe pasar por alto que en 1885, fecha de este Manual, comienza Beling sus estudios de Derecho en Leipzig, en donde recibió el magisterio de Binding (cfr. KERN, E., *GS* 103 [1933], p. 38).

(21) Cfr. BINDING, K., *Handbuch*, pp. 55, 176.

(22) BINDING, K., *Handbuch*, p. 179. Lo cual coincide básicamente con el uso del concepto en otros autores como SCHAPER, «Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechen», en HOLTZENDORFF, F.V. (ed.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, vol. II, Berlín, 1871 [reimpr., Fráncfort d. M., 1986], pp. 85-148, en particular,

prohibida» (23). Algo similar se percibe en Adolf Merkel (1836-1896), quien considera como «Tatbestand» el conjunto de elementos, internos y externos, de la descripción legal (24). En la misma época, tampoco aparece todavía la idea de tipicidad en la exposición de von Liszt (1851-1919), para quien delito es la acción antijurídica, culpable y castigada con pena. En concreto expresará que delito («Verbrechen») es la «acción contraria a la norma, culpable, amenazada con pena por el Estado» (25). No obstante, en las últimas ediciones de su Manual aparecen referencias a la idea de Beling sobre el «Tatbestand», y entonces no desaprovecha la ocasión para asociar la posición de este a la propia (26).

3. En realidad, la expresión se venía utilizando a lo largo del s. XIX, con sentido tanto procesal como material. El sentido procesal es el que se vincula al antiguo concepto de *corpus delicti*, referido a los requisitos que son necesarios para dar por realizado un delito (que puede servir para designar, tanto el objeto del delito y su prueba, como el objeto del proceso y el título de la sentencia), y así perdura por ejemplo en la Ordenanza procesal penal prusiana (27) de 1805. Con sentido material, como género conceptual de un grupo de deli-

---

pp. 109-110. Que tal uso del término tenga relación con el antiguo *corpus delicti* es algo cuya explicación no falta: cfr. *ibidem*.

(23) BINDING, K., *Handbuch*, p. 180; cfr. también *ibidem*, pp. 503-504.

(24) Cfr. MERKEL, A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889 (reimpr., Goldbach, 1996), p. 34.

(25) Cfr. LISZT, F.v., *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichstrafgesetzbuchs*, Berlín, Leipzig, 1881 (reimpr., Goldbach, 1997), p. 64 (r.o.); 2.<sup>a</sup> ed., con el título *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 1884, p. 94; ID., *Lehrbuch*, 21.<sup>a</sup>/22.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1919, p. 111. Y como formas de aparición del delito se presentan la consumación y tentativa, la autoría y participación, y la unidad y pluralidad de delitos (cfr. *passim*). Hay un primordial interés didáctico en el planteamiento (cfr. LISZT, F.v., «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre», orig., 1886, en ID., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlín, 1905, reimpr., Berlín, 1970, p. 239).

(26) Al menos en la 20.<sup>a</sup> ed. se presta relativa atención a la doctrina de la tipicidad de Beling (cfr. LISZT, F.v., *Lehrbuch*, 20.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1914, § 26, nota 4, en donde se apresura el autor a manifestar que dicha doctrina de la tipicidad coincide con la sostenida por él en el texto; cfr. ID., *Lehrbuch*, 21.<sup>a</sup>/22.<sup>a</sup> ed., 1919, p. 111, nota 4). En ediciones posteriores (cfr. LISZT, F.v./SCHMIDT, E., *Lehrbuch*, 26.<sup>a</sup> ed., 1932, pp. 144-145, 173-192) ya recurre con frecuencia a la categoría.

(27) Cfr. PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tubinga, 2012, p. 192, con referencias (a K. A. Hall): aparece así en la Preußische Criminalordnung, en la que el «Tatbestand» (*corpus delicti*) se conforma mediante el conjunto de aquellas circunstancias que hacen seguro, o al menos altamente probable, que se ha realizado un delito. Cfr. al respecto BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 13.



tos, parece utilizarse por primera vez por E. F. Klein, y luego por Ch. C. Stübel (28), y llega a la manualística contemporánea a Beling que acabamos de referir. Así entendido, el concepto carece todavía de una relevancia sistemática y conceptual propia. Es esto lo que lleva a cabo la aportación de Beling, para quien el «Tatbestand» es algo más que la descripción fáctica relevante del caso; es también algo distinto del mero grupo o género conceptual del delito. Se destaca en cambio como una categoría con pretensiones sistemáticas. Es de justicia reconocer como mérito de Beling haber introducido en la dogmática jurídico-penal un término y un contenido en torno a los cuales se estructura la doctrina del delito, y sobre la cual resulta difícil dejar de tomar postura.

4. Como se ha dicho, para valorar la aportación de Beling es preciso comprender el significado que posee la expresión «Tatbestand». El propio autor reconoce que a la denominación se debe en parte que su propuesta no lograra aceptarse del todo (29). Y él mismo evolucionó en su planteamiento, pasando de una inicial asimilación de tipo y «Tatbestand» a una progresiva diferenciación (30). Literalmente «Tatbestand» significa «estado del hecho», «supuesto de hecho», y en la época en que Beling escribe su *Lehre vom Verbrechen* indicaba el conjunto de elementos del delito (cfr. *supra*, párr. 2), concepto que viene a desplazar al antiguo de *corpus delicti*, en cuanto objeto del delito. Sin embargo, «Tatbestand» expresa algo más: tanto lo fáctico de un suceso (esto es, el sustrato sobre el que aplicar una norma), como lo normativo (es decir, esos mismos elementos en la descripción legal abstracta) (31). Plasma

---

(28) Cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, pp. 10-11, 14; PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 192-193, quienes se remiten a KLEIN, E. F., *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Halle, 1796, § 68 (p. 54), y STÜBEL, Ch. C., *Über den Thatbestand der Verbrechen*, Wittenberg, 1805, p. 3. Sobre la aportación de Stübel, cfr. AMBOS, K., *ZIS* 10/2006, pp. 464-465.

(29) Cfr. BELING, E., *LvT*, pp. 14-15. Con un juego de palabras afirmará que «Bei solcher Vieldeutigkeit des Wortes verflüchtigt sich der «gesetzliche» zu einem entsetzlich Tatbestand!» (r.o.), esto es, que el «Tatbestand» legal acaba haciéndose odioso.

(30) Sobre esta cuestión, cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 227-232.

(31) Como recuerda Soler (cfr. N. del T. \* en BELING, E., *Esquema de Derecho penal*, p. 42, de donde tomo el texto ahora citado), no puede desconocerse que la expresión «gesetzlicher Tatbestand» se halla en el antiguo § 59 StGB («Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen»); y que se encuentra igualmente ahora en el § 16 StGB («Wer bei Bege-

así los elementos del suceso (es supuesto *de hecho*), como también los aspectos del hecho descritos en la ley como condición de la consecuencia jurídica (es el *presupuesto* fáctico al que se refiere la ley). Por así decir, «Tatbestand» sería un concepto instrumental que permite pasar de lo sucedido (el hecho, lo histórico) a la norma (general y abstracta que se aplica, el tipo), o viceversa. Ya por estos motivos, «Tatbestand» no puede entenderse como mero hecho, suceso o delito; resulta más técnico referirse a «supuesto de hecho», aunque no nos parece en castellano suficientemente significativo. Se suscita así, junto a la cuestión de la denominación alemana, la de su traducción.

5. En efecto, a la cuestión de la denominación se une la de su traducción, la de cómo verter al castellano la expresión alemana (32). La traducción castellana habitual como «tipo» (y de ahí, «tipicidad») no es del todo adecuada, puesto que Beling más adelante se empeñó en diferenciar uno y otro, «Tatbestand» y «Typus» (33). La traducción como «tipo» puede pasar por alto el sentido de supuesto, esto es, base subyacente, materia, presupuesto, lo que ha pasado..., y que sirve de referencia para aplicarle la ley. «Tatbestand» es en su propuesta algo más que lo sucedido o evento histórico acaecido (diríamos: el supuesto fáctico), como también algo distinto de una descripción legal de la conducta objeto de prohibición (digamos: la clase de delito descrito en la Parte Especial). El sentido y uso técnico de la expresión «tipo» que se ha generalizado en español (34) me parece plasmar el significado de la idea de «Tatbestand» que propuso Beling. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la expresión designa al menos dos significados (el de «Tatbestand» y el de

---

hung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich.»).

(32) Al respecto, cfr. BELING, E., *LvT*, pp. 14-17 (*sub IV*); y la amplia e ilustrativa N. del T. a, en BELING, E., *El rector de los tipos de delito*, pp. 7-8 (Prieto Castro/Aguirre Cárdenas).

(33) Sobre esta cuestión, cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 227-232. Para KERN, E., *GS* 103 (1933), p. 51, el concepto de «Tatbestand» se caracteriza como «Verbrechenstypus», como tipo de delito, pero esto solo se predica de las primeras formulaciones y no de las siguientes. Además existen también: «Deliktstypus», «Tatbestandsmäßigkeit», «Typizität», «Typisch», «Leitbild», y derivados. Cfr. N. del T. a, en BELING, E., *El rector de los tipos de delito*, p. 8 (Prieto Castro/Aguirre Cárdenas).

(34) Y de ahí que nos refiramos a «error de tipo» para el que recae sobre elementos de la descripción de delito; pero esto no significa que el uso de la expresión sea adecuado al planteamiento de Beling, sino que se ha generalizado con dicho significado. El empleo de una sola expresión castellana («tipo») para dos conceptos («Tatbestand» y «Typus») hacen que aquella no sea del todo adecuada.

«Typus») que el autor se esforzó en distinguir. En estas páginas he preferido mantener la expresión alemana. Como se ve, a esta diversidad de significados se suma una dificultad que deriva de la evolución en su pensamiento.

6. Ciertamente Beling evoluciona en la exposición y concepción de la idea (35). Así, se va perfilando en el periodo que media entre el planteamiento inicial en *Die Lehre vom Verbrechen* (1906) y su ulterior –y algo diversa– formulación en *Die Lehre vom Tatbestand*, así como en la 11.<sup>a</sup> edición de los *Grundzüge* (ambas de 1930) (36), pasando por la intermedia de lo expuesto en las sucesivas ediciones de los *Grundzüge* (sobre todo, en la 4.<sup>a</sup> ed., 1912) (37). En concreto, la idea se inicia con un concepto de «Tatbestand», equivalente a «Verbrechenstypus», que viene exigido por el principio de legalidad, y que opera como indicio de la antijuridicidad de la conducta, referido solo a elementos objetivos y externos. Esta dicotomía entre lo externo y lo interno se reafirma y prosigue después, pero entonces Beling insistirá también en que el tipo despliega además una función de valoración y no meramente descriptiva. Y acaba viéndose obligado a diferenciar los conceptos de «Tatbestand» y «Typus»; así, ambos conceptos son finalmente diferenciados por Beling, quien separa con claridad el «gesetzlicher Tatbestand» y el «Deliktypus», e introduce además el concepto de «strafrechtliches Leitbild». Veamos con más detenimiento (II.2) los detalles de esta evolución conceptual.

---

(35) Parece que las críticas recibidas por la doctrina de su tiempo ayudaron a perfilar la propuesta. Concretamente, cfr. las críticas de MAYER, M. E., «Recensión a Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*», *ZStW* 10 (1906), pp. 796-822 (799-802); GOLDSCHMIDT, J., «Die Typentheorie. Eine kritische Besprechung von Belings Lehre vom Verbrechen und der 3. Auflage seiner Grundzüge», *GA* 1907, pp. 20-42; RADBRUCH, G., «Recensión a Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*», *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 1907, pp. 570-571 (= en KAUFMANN, Arth. [ed.], RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, vol. 7, a cargo de Frommel, M., Heidelberg, 1995, pp. 255-257); BAUMGARTEN, A., *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Tubinga, 1913; HEGLER, A., «Die Merkmale des Verbrechens», *ZStW* 36 (1915), pp. 19-44, 184-232; MITTERMAIER, C. J. A., «Über den Begriff „Verbrechen«», *ZStW* 44 (1924), pp. 2-15; FREUDENTHAL, B., «Vom Werte des allgemeinen Verbrechenstatbestandes», *ZStW* 48 (1928), pp. 290-300; ZIMMERL, L., *Zur Lehre vom Tatbestand. Uebersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau, 1928 (reimpr., Fráncfort d. M., 1977); ID., *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tubinga, 1930; WEDEL, H. V., «Wandlung der Tatbestandslehre?», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 45 (1931), pp. 359-379.

(36) La última edición (11.<sup>a</sup>) de los *Grundzüge* es de 1930, que es la que fue traducida al castellano por Soler (Buenos Aires, 1944).

(37) Sobre esta evolución en la fase intermedia (1906-1930), cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 207-236.

## II.2 La evolución de la doctrina del «Tatbestand»

1. Inicialmente Beling recurre a la idea de «Tatbestand» (38) en la descripción del delito por exigencias del principio liberal de legalidad. Así, el delito solo es tal si la acción se corresponde con la descripción legislativa, en cuanto tipo o «Tatbestand», a la que es preciso añadir después que encierra una contradicción, aunque meramente formal y no material, con el ordenamiento jurídico (39). El «Tatbestand» puede ser entonces *indicio* de la antijuridicidad, el instrumento a partir del cual se delimitan los márgenes de lo antijurídico (40). Lo esencial de la doctrina de la tipicidad es que no basta con que la acción sea antijurídica y culpable, sino que ha de ser antijurídica de acuerdo con la concreta descripción plasmada en una ley (41). Así, la definición del delito parte de su descripción legal, en la que la conducta se asocia a la imposición de una pena. En tal planteamiento, el «Tatbestand» incluye solo elementos objetivos y externos, mientras que el dolo o la imprudencia, como elementos subjetivos, serían contenido propio de la culpabilidad (42). Quedaría por constatar aún otros elementos que también condicionan la relevancia penal del delito, como son el que sea subsumible en una correspondiente conminación penal y que satisfaga las condiciones de penalidad (43). En este momento, los significados de «Tatbestand» y «Typus» se entrelazan, y no hay necesidad de diferenciarlos. El «Tatbestand» define los rasgos externos específicos de aquellos comportamientos cuya realización antijurídica ha considerado relevante el legislador penal. Podría decirse que en esta fase inicial predomina el sentido político liberal del principio

---

(38) Esta primera versión de su propuesta es la contenida en BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, y en ID., *Grundzüge*, 3.<sup>a</sup> ed., 1905. Cfr. al respecto CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 115-206.

(39) Cfr. BELING, E., *LvV*, pp. 31-42, 145-147. Entiende así por delito «*la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible en una correspondiente conminación penal y que satisface las condiciones de penalidad*»: *ibidem*, p. 7 («*Verbrechen ist die tatbestandsmäßigkeit, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung*», r.o.). No cabe pasar por alto que de este modo, la propuesta de Beling aporta más un concepto formal que material de delito; es decir, que no propone una doctrina sobre el contenido del delito que pueda servir para criticar en ese sentido la legislación. Cfr. crítico BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 25.

(40) Cfr. BELING, E., *LvV*, p. 110, y *passim*.

(41) Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 95.

(42) Cfr. BELING, E., *LvV*, pp. 42-47.

(43) Cfr. BELING, E., *LvV*, pp. 47-72.

de legalidad y de la idea de tipicidad (44), mientras que el sentido sistemático es todavía menos relevante.

2. Esta doctrina se va perfilando con el tiempo (45), sobre todo a partir de 1912. Beling insistirá entonces en dos aspectos conceptuales o sistemáticos: por un lado, la conexión de la tipicidad con las categorías de antijuridicidad y culpabilidad; y, por otro, la distinción conceptual entre «Tatbestand» y «Typus». Respecto a lo primero, entiende que la antijuridicidad plasma el desvalor externo de la acción punible, mientras que la culpabilidad, su desvalor interno. Sin embargo, no puede reducirse la función de la tipicidad a ser meramente descriptiva o delimitadora, sino que ejerce también un papel valorativo (46). En efecto, la función de la tipicidad no puede considerarse meramente descriptiva o de sentido neutro, una vez que la descripción legal de las conductas delictivas parte de su consideración como antijurídicas; y ello, aunque la descripción no abarque todos los elementos externos que determinan su carácter antijurídico, que viene determinado por su oposición a las normas. La tipicidad viene a seleccionar los ámbitos de lo antijurídico, no puede considerarse como meramente descriptiva o de sentido neutro.

Respecto a lo segundo –la distinción conceptual–, ahora ve preciso diferenciar entre «Tatbestand» y «Typus» (47): este último designa los elementos caracterizadores de una determinada clase de delito, de entre los cuales se destacan, como «Tatbestand», sus elementos externos o de la antijuridicidad, a los que luego se refiere la culpabilidad.

3. Poco antes de su muerte (1932), Beling formularía todavía algunas matizaciones. Concretamente, se recogen en *Die Lehre vom Tatbestand* y la 11.ª edición de los *Grundzüge* (48), ambas de 1930. Beling dice hacer frente entonces a algunas críticas y malentendidos que había recibido su doc-

(44) Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 26, 39-41, 92-93. Cfr. así SOLA RECHE, E., «El principio de legalidad como garantía criminal», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Libro Homenaje al Prof. Dr. Santiago Mir Puig*, Montevideo, Buenos Aires, 2017, pp. 401-415, quien destaca este papel de la tipicidad (p. 403).

(45) Y así se plasma en BELING, E., *Grundzüge*, 4.ª ed., 1912, y sucesivas, hasta 1930, fecha que marca una nueva y final etapa. Cfr. al respecto CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 207-236.

(46) Cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, pp. 38, 41; CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 214, con referencias.

(47) A partir de la 7.ª ed. de los *Grundzüge* Beling distingue ambos conceptos: cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 230-236, e *ibidem*, nota 400.

(48) Se contienen en BELING, E., *LvT*, 1930, y BELING, E., *Grundzüge*, 11.ª ed., 1930, que es por cierto la edición traducida por SOLER, *Esquema de Derecho penal*, Buenos Aires, 1944. Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 237-278: se trata de la «culminación de la evolución» de su planteamiento, así como «la plasmación de sus resultados» (p. 237; cfr. también, *ibidem*, p. 247).

trina (49), pero reconoce a la vez que sus oponentes no han acertado a dar en lo esencial de la doctrina del «Tatbestand», que sigue en pie. En su opinión, la forma de perfilar y fortalecer su posición vendría de acoger la distinción entre «Deliktypus» y «gesetzlicher Tatbestand» (50). En efecto, manteniendo la distinción entre elementos externos e internos del delito, los primeros se integran en el denominado «Unrechtstypus»; mientras que los segundos, en el «Schuldtypus»; y ambos constituyen el «Delikstypus», concepto que satisface mejor la finalidad originaria de ser plasmación del principio de legalidad. Frente a este concepto, en el de «gesetzlicher Tatbestand» se dan cita los aspectos sistemáticos y funcionales de la definición de delito, que exige «Tatbestandmäßigkeit», asociada al «gesetzlicher Tatbestand» como imagen conceptual rectora («Leitbild» (51)) en cuanto paradigma o arquetipo –podríamos decir– que define una conducta (52). Los conceptos de «Tatbestand» y «Delikstypus» no son idénticos, aunque sí están relacionados y no se excluyen mutuamente (53). Nuestro entendimiento actual de la categoría de tipicidad incluye ambos sentidos: tanto la plasmación del principio de legalidad como la función sistemática.

### II.3 El núcleo de la doctrina de Beling sobre la tipicidad

1. La exposición que hemos trazado pone de manifiesto que a lo largo de los 25 años que median entre la primera (1906) y la última

(49) Cfr. BELING, E., *LvT*, p. 1, y nota 1 (cfr. *supra*, nota 35).

(50) Cfr. BELING, E., *LvT*, p. 1.

(51) «Leitbild» ha sido traducido como «esquema» (así, SOLER, en BELING, E., *Esquema de Derecho penal, passim*, quien traduce «Delikstypus» como «figura delictiva» y «Tatbestand» como «delito-tipo»); «rector» (así, PRIETO CASTRO, L./AGUIRRE CÁRDENAS, J., en BELING, E., *El rector de los tipos de delito, passim*, quienes traducen «Delikstypus» como «tipo de delito» y mantienen sin traducir la expresión alemana «Tatbestand»); o «imagen directriz» o «imagen rectora» (así, CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 242, nota 419, y *passim*, quien emplea también tipo para «Tatbestand», mientras que conserva la expresión alemana «Typus»). Me parece que lo importante es que, con una u otra expresión, se destaque lo específico (es un concepto ejemplar) y lo distintivo (no es el «Tatbestand»); por lo que sería adecuado verterla como *paradigma*, *arquetipo* o *patrón*, en cuanto modelo de identificación de conductas. La traducción como «rector de los tipos de delito» (en la edición de Prieto Castro y Aguirre Cárdenas, de 1936) puede derivar de lo que expresa BELING, E., *LvT*, p. 16 (del latín *regens*): «An diese Ausdrücke könnten dann wohl die heutigen wissenschaftlichen Fremdsprachen Anschluß nehmen».

(52) De manera que cada delito tendrá su «Typus» (es decir, que constituye un concepto meramente funcional, en relación con las figuras de los delitos singulares), mientras que grupos de delitos tendrían un mismo «Tatbestand» (cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 27). Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 244, con referencias.

(53) Cfr. BELING, E., *LvT*, pp. 14-16. Cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 27.

formulación (1930), Beling modificó su propuesta conceptual, y la modificó en algo más que una cuestión de detalle o como precisión explicativa. El propio autor justifica el cambio porque debía hacer frente a las críticas recibidas, que por otra parte no habían atendido a lo esencial. El análisis de las sucesivas versiones de su posición da como resultado que se trata ahora de algo más que una matización. En efecto, para hacer frente a sus críticos aporta (algo más que) una explicación: da la impresión de que se trata de una nueva versión, evolutiva, de su posición originaria. Así, la idea de «Deliktypus» y su distinción respecto a «Tatbestand», que inicialmente aparecían unidos, no es una mera matización ante las opiniones contrarias. Podría verse más bien como una reformulación o evolución que se da no sin cambios respecto de los planteamientos iniciales, y que tampoco fue acogida por la doctrina, que se mantuvo en el primer y segundo aspecto de su propuesta, sin asumir el tercero (54). Al final, se dan cita diversas versiones de la idea de tipicidad. Dos de ellas son más conocidas (55): la que destaca el aspecto garantista (párr. 2), y la sistemática (párr. 3). Y habría que añadir además una tercera, de carácter metodológico (párr. 4). Veámoslo.

2. La primera idea a la que se vincula aún hoy el concepto de tipicidad es la idea liberal garantista de definición de los delitos como forma de encauzar la actividad judicial (y en este sentido se habla de «Garantietatbestand»), y evitar así la arbitrariedad que se derivaría en caso contrario. La idea se halla en el primer Beling (56) y se mantiene hasta el final (57). La idea de tipicidad que hoy en día asociamos a

---

(54) Cfr. ya entonces BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 17. Cfr. además MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2015, 6/20, nota 18.

(55) Que se corresponden con el «Garantietatbestand» y el «Systemtatbestand»: cfr. PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, p. 196, y referencias en nota 262.

(56) Cfr., por ejemplo, BELING, E., *LvV*, pp. 21-22.

(57) Así, en concreto, expresará de manera muy clara en los *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., 1930, § 15.1: «La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción *punible*. Contra esto dirigió sus ataques el Liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible. Siguiendo este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortadas y extraídas determinados [*sic!*] tipos delictivos (asesinato, hurto, etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados.

límite del *ius puniendi* encuentra en Beling un cumplido valedor. Pero ya se había formulado años antes por Feuerbach mediante el *nullum crimen..., sine lege*, y otros (58). Por tanto, aunque sea oportuno destacar el papel de Beling en esta materia (59), resulta insuficiente para plasmar la relevancia de la doctrina del «Tatbestand». Al perfilarse en el tiempo, la idea de garantía o legalidad no tiene en él su origen y además habría que vincularla al concepto de «Typus» y no al de «Tatbestand» (60), cuya función sería otra.

3. El segundo elemento a tener en cuenta en la doctrina de Beling sobre el «Tatbestand» es el de su relevancia sistemática (en este sentido, se habla de «Systemtatbestand» (61)). A lo largo de las fases de su doctrina, recorren su exposición tanto la relevancia sistemática del concepto de tipicidad, como la distinción entre los aspectos externos (del injusto: «Unrechtstypus») respecto a los internos (de la culpabilidad: «Schuldtypus») (62). Es obvio que la idea de tipicidad no puede asumirse sin referirse a las aportaciones doctrinales de Beling, quien pasa con razón por ser quien la introdujo en la sistemática de la teoría del delito. Es de justicia reconocerle este mérito. Sin embargo, desarrollos doctrinales del s. xx, como la teoría de los elementos negativos del tipo, ponen de manifiesto cómo la antijuridicidad que interesa en concreto es la que se halla delimitada en cada caso por la tipicidad. Asimismo, una vez que injusto y culpabilidad se distinguen por responder a funciones diversas (así, por ser el injusto expresión de normas de conducta; frente a la culpabilidad, expresión de la norma de sanción, o basada en el uso de reglas de imputación), no hay otra manera de identificar el injusto que por medio de tipos de con-

---

Así logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los «típicos») son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores. La protección jurídica del individuo reforzóse, pues, tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía» (trad., Soler, de la 11.<sup>a</sup> ed., 1944, pp. 36-37, r.o.). Cfr. *ibidem*, § 1. III.

(58) Cfr. AMBOS, K., *ZIS* 10/2006, p. 464.

(59) Como hace, por ejemplo, HALL, K. A., *Die Lehre vom corpus delicti*, Stuttgart, 1933, pp. 155-160, *apud* CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 26, nota 16. Tampoco me parece suficiente cifrar la aportación de Beling en la función socio-pedagógica que despliega contar con un catálogo claro y terminante de conductas conminadas con pena (cfr. crítico, PAWLIK, M., *Das Unrecht des Bürgers*, p. 196).

(60) Cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, p. 28.

(61) Cfr. *supra*, nota 55.

(62) Cfr. BELING, E., *LvV*, pp. 42-47; ID., *LvT*, pp. 10-11; ID., *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., § 12. I.



ducta (63). Esto es, resulta difícil pensar en una categoría de tipicidad ajena a la función de delimitación e identificación del injusto. Por tanto, en definitiva, aun siendo correcto asociar la relevancia sistemática de la tipicidad a las aportaciones de Beling, me parece que, a la luz de los desarrollos actuales de la doctrina del delito, tampoco eso plasma suficientemente la importancia de dicha categoría.

4. Como tercer elemento que identifica la propuesta doctrinal de Beling me parece necesario referirnos a la distinción entre «Tatbestand» y «Typus» que aparece en sus últimas versiones (en 1930). En ellas, breve pero terminantemente, defiende y perfila la idea de «Tatbestand», frente a los conceptos de «Typus» y de «Deliktypus». Podría hablarse aquí de una función *metodológica* o *conceptual*, junto a las de garantía y sistemática, que viene a cumplir el «Tatbestand». Me explico. Sin renunciar a los otros dos elementos ya mencionados (párr. 2 y 3), en *Die Lehre vom Tatbestand* Beling hace un enorme esfuerzo por diferenciar dicha idea del concepto de «Typus» (también en los *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., del mismo año). Por oposición al concepto de «Deliktypus», insiste ahora sobremanera en la entidad del «gesetzlicher Tatbestand». Así como el primero, el de «Typus», con su faceta externa («Unrechtstypus») e interna («Schuldtypus»), es un concepto asociado a las previsiones legislativas de la Parte Especial, el concepto de «Tatbestand» legal se refiere al contenido abstracto de un comportamiento que permite referirse al mismo delito tanto en fase de consumación como de tentativa, tanto si se trata de autoría como de inducción o cooperación, todas ellas, formas dependientes frente a las figuras autónomas de cada delito. De ahí su insistencia ahora en separar ambos conceptos (64). El legislador prevé diversas figuras de delito en la legislación, con elementos internos y externos. Pero eso no sería posible si no existiera un concepto base que subyace a esas previsiones y que permanece común en las diversas formas de ejecución o de presentarse el delito (tentativa y participación, sobre

---

(63) No hay que olvidar que la sistemática de Beling no abandona los postulados naturalistas, sino que continúa anclada en el modelo externo/interno. Lo cual podría verse como un obstáculo para un tipo que diera cabida a elementos subjetivos. Sin embargo, tampoco es que la teoría estricta de la culpabilidad resolviera satisfactoriamente la relación entre tipicidad y antijuridicidad.

(64) Con todo, sigue en pie la dificultad terminológica que destaca el propio BELING, E., *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., § 16. VI, por los variados usos jurídicos de la expresión «Tatbestand». En efecto, posiblemente mantener la denominación de «Tatbestand» no resultara a la postre muy afortunado. Reconocía BELING, E., *LvT*, pp. 14-15 (cfr. *supra*, nota 29), que parte de las razones para no aceptar su posición prevenían de la dificultad terminológica. Habría que añadir que se debe además a las variaciones de significado que progresivamente fue añadiendo. Cfr. *supra*, II.1, párr. 4-5.

todo) (65). De este modo, el concepto de «Typus» tiene una faceta político-criminal (como «Garantietatbestand»), pero en realidad también sistemática (como «Systemtatbestand»). En cambio, el de «gesetzlicher Tatbestand» es un concepto funcional (66), que sirve como puente de unión entre la decisión punitiva respecto a ciertos efectos a evitar (prohibir la causación de la muerte de alguien, por ejemplo) y sus manifestaciones (tentativa, codeincuencia y figuras dependientes como los delitos cualificados o atenuados...). Dirá así de forma gráfica que no basta con definir el asesinato o el robo, sino que estos exigen que exista sobre todo el elemento muerte de un hombre, o de apropiación de una cosa, respectivamente (67).

A mi modo de ver, Beling culmina su propuesta con una dualidad conceptual que aporta algo diverso y propio: la que he denominado faceta *conceptual o metodológica*. Sin embargo, el esfuerzo descriptivo y la terminología a que dio lugar no acaban aportando mucha claridad, sino más bien dificultad de comprensión (68). El lector queda con la sensación de que su doctrina adquiere un innecesario grado de complejidad, y que a efectos doctrinales resulta tan alambicada como poco útil (69).

(65) Cfr. BELING, E., *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., § 16. V.

(66) Es más, en BELING, E., *LvT*, p. 5, dirá que el de «Tatbestand» es un concepto puramente funcional (que tiene carácter «relativo-funcional»), y que no existe un «Tatbestand» legal en sí, sino solo en función de cada uno de los respectivos «Delikttypus» que haya previsto el legislador.

(67) Con el fin de explicar la relación entre «gesetzlicher Tatbestand» y «Delikttypus», recurre BELING, E., *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., § 17. I, a una gráfica metáfora: los delitos previstos en la Parte Especial serían como concreciones de los diversos «Tatbestände», que se hallarían como esbozados o dibujados esquemáticamente, y para los que el respectivo «Typus» vendría a ser una *acotación o encuadre*. Así, la muerte de una persona sería el «Tatbestand», que sería visto como asesinato, homicidio, homicidio imprudente, tentativa de homicidio..., es decir, como diversificado en un concreto «Typus» en cada caso. Interesante es además conocer la relación que Beling idea entre el «Tatbestand» y la antijuridicidad: el primero es puramente descriptivo, y resulta insuficiente si no va unido al segundo. Es la unión de ambos, de «Tatbestand» legal y de antijuridicidad, lo que se exige para poder castigar: cfr. BELING, E., *Grundzüge*, 11.<sup>a</sup> ed., § 17. II.a). Sobre el cambio de opinión de Beling en esta materia, cfr. en particular, CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, pp. 250-253.

(68) Una situación que en su momento WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1956, p. III, calificó de «torre de Babel» («babylonische Sprachverwirrung»), refiriéndose a la suerte que corrió la terminología en la doctrina posterior (cfr. la cita en SCHWEIKERT, H., *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, p. 144).

(69) Es más: parece que Beling insiste en mantener diferencias respecto a la doctrina de su tiempo, como si la asunción por otros de la idea de tipicidad exigiera seguir manteniendo distancias y remarcando la esencia de su planteamiento.

### III. EL BELING PROCESALISTA

1. A pesar de que la propuesta de Beling prescinde intencionadamente desde el comienzo del sentido procesal del concepto de «Tatbestand» (70), es claro que su doctrina podría tener cierta transcendencia procesal. Me refiero a que la idea de «Tatbestand» ha de encontrar acogida en una concepción del proceso penal como investigación, acusación y condena por la comisión de un *delito*, un *hecho*, un «Tatbestand» concreto. Si a esto se une que Beling es autor también de obras de Derecho procesal (71), no sería aventurado esperar también una proyección procesalista de la doctrina del «Tatbestand». Sin embargo, la doctrina penalista del «Tatbestand» no encuentra –según entiendo– un correspondiente desarrollo procesalista.

2. El origen procesal de la expresión «Tatbestand» (*corpus delicti*) sitúa el ámbito de significado en el de la realidad objeto de enjuiciamiento, el cuerpo del delito, y por extensión lo que este prueba: el delito. Sin embargo, en este punto no se percibe una amplia plasmación: se concentra en la idea de cuestión jurídica, la cuestión del Derecho a aplicar a los hechos (72). Entiende Beling que «el *fin* al que se dirige el objeto del proceso son las *consecuencias jurídicas* sobre las que ha de pronunciarse la resolución sobre el fondo» (73), para llegar a lo cual se precisa tener en cuenta si el inculpado es culpable de acuerdo con un concreto precepto legal, que denomina «cuestión de la culpabilidad» (74) (en sentido amplio) y que exige una suerte de *titulus condemnationis*, esto es, una especie determinada de delito (o subespecie, en su caso), incluyendo la forma específica de su comisión (esto es, si se trata de inducción, complicidad o tentativa) (75). Afirmará: «En la cuestión de la culpabilidad a los efectos del Derecho procesal penal, se incluyen, por tanto, todas las circunstancias *que*

(70) Cfr. BELING, E., *LvV*, p. 4.

(71) Cfr. BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, 1928 (cfr. *supra*, nota 8). Téngase en cuenta que la fecha de este manual es próxima ya a la de sus últimas formulaciones de la doctrina del «Tatbestand» en *LvT* y los *Grundzüge*, ambas de 1930. De donde me parece lógico preguntarse si es que el autor renunciaba así a extraer consecuencias prácticas de su elaboración teórica.

(72) Cfr. más ampliamente la exposición de Cfr. AMBOS, K., *ZIS* 10/2006, pp. 464-465.

(73) BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, p. 108 (*Derecho procesal penal*, p. 81).

(74) Cfr. BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, p. 108 (*Derecho procesal penal*, pp. 81-82): culpabilidad es aquí sencillamente punibilidad, tomados ambos en sentido vulgar y no técnico, esto es como castigo (p. 109).

(75) Cfr. BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, p. 108, nota 1.

*condicionan la punibilidad*, es decir: existencia de una «acción», «tipicidad» (incluyendo sus formas de aparición), antijuridicidad (y causas de exclusión del injusto); culpabilidad, a los efectos del Derecho penal material (y causas de exclusión de la culpabilidad) con sus formas (dolo, culpa); las «condiciones objetivas de punibilidad»; las «causas personales de exclusión y de levantamiento de la pena»; también las «causas de «elevación» («cualificación») de la pena, y las causas de «moderación» («privilegiantes») de la pena, a diferencia de los meros motivos de medición de la pena, referidos a su agravación y atenuación» (76). A su vez, es preciso distinguir la cuestión de hecho (la *quaestio facti*) o problema de los concretos hechos que integran el caso jurídico-penal (los supuestos de hecho) (77), y la cuestión de Derecho (*quaestio iuris*) o problema sobre la validez y contenido de las disposiciones legales aplicables en abstracto, dentro del que se cuenta el sentido de las características del tipo legal (78).

A la luz de estas referencias, pienso que puede sostenerse que la idea de «Tatbestand» curiosamente no resulta acogida por Beling en su exposición procesalista con igual fuerza que en los escritos de dogmática jurídico-penal material. Lo cual no tendría especial importancia si no fuera porque lo procesal sería ámbito idóneo para sacar partido a la idea de «Tatbestand».

#### IV. LA HERENCIA PENALISTA DE BELING

1. Ya hemos visto cómo la doctrina del «Tatbestand» adquiere con Beling un triple sentido, como categoría *garantista, sistemática y con-*

---

(76) BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, p. 109. A esta cuestión de la culpabilidad sigue la de la medición de la pena (la cuestión de la determinación de la pena en concreto), en función de todas las circunstancias legales de atenuación, suspensión..., y la de las «medidas no criminales» (cfr. *ibidem*).

(77) Y añade: a propósito de la cuestión de hecho, «no debe pensarse en el «hecho» en sentido jurídico-penal. «Hecho» en este último sentido se refiere o bien al acontecimiento real junto con su significado jurídico («hecho penal» [Straftat]), por ejemplo el «hurto» (la «cuestión de hecho», a los efectos del Derecho procesal penal, no abarca la valoración jurídica); o bien «el hecho» (mismo) jurídico-penal como conducta del autor en oposición a las circunstancias», por ejemplo a efectos de prescripción: BELING, E., *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, p. 110, nota 1.

(78) Sobre el que añade (BELING, E., *Derecho procesal penal*, p. 83, nota 3): «Los elementos del «Tatbestand legal» son, como el «tipo legal», conceptos jurídicos abstractos. Han de deslindarse rigurosamente de las «circunstancias de hecho», que son las circunstancias concretas de la vida», y se remite a sus *Grundzüge*, 8.<sup>a</sup>/9.<sup>a</sup> ed., pp. 19, 45, 97.

*ceptual*. Resumidamente puede decirse que, frente a la concepción procesalista (habitual en su época), Beling propondrá entender la tipicidad más bien como un elemento constitutivo o momento del delito (79); en concreto, como la descripción de la acción u omisión, como la imagen objetiva o externa del delito (la antijuridicidad, en cambio, sería un juicio valorativo ulterior e independiente): el «abstracto especial objetivo Tatbestand, abreviadamente, el Tatbestand legal (penal)» (80). ¿Qué queda de esta propuesta? ¿Cuál ha sido y sigue siendo la relevancia de la doctrina de Beling sobre el «Tatbestand»? (81). En todo caso, afirmar que la tipicidad en Beling consiste en la plasmación del *nullum crimen sine lege*, a modo de función meramente negativa y garantista del ciudadano, sería no hacer justicia a su aportación, porque quedaría reducida a un aspecto parcial y formal.

2. El contenido del concepto resulta más novedoso que la expresión «Tatbestand», ya conocida desde antiguo. Eso sí: pudo suponer un revulsivo en la discusión dogmática de su época. En opinión de su discípulo Kern, la doctrina del delito debe a Beling un nuevo apogeo (82); y ciertamente puede decirse que experimenta un impulso sistemático al introducir en la definición de delito un nuevo elemento: la tipicidad. Además, un elemento que pasa a formar parte desde entonces de toda construcción doctrinal del delito que se precie de tal nombre (83).

---

(79) Desde el comienzo de su obra (1906) expresa BELING, E., *LvV*, p. 7, que el «Tatbestand» es elemento general constitutivo del delito, y que pretende estructurar sobre dicha base el sistema, como también la doctrina sobre la intervención (codelin-cuencia) y el concurso de delitos («Tateinheit»). Dicha aspiración tiene sentido en el contexto de las exposiciones de la teoría del delito del momento. Sin embargo, no puede verse la obra de Beling como exitosa, por su extensión y acogida por la praxis (cfr. KERN, E., *GS* 103 [1933], p. 63), algo que en cambio sí logró la de von Liszt. Con todo, lo exitoso sería la asociación de su figura a la categoría de la tipicidad.

(80) BELING, E., *LvT*, p. 1. Y anotan los traductores de la versión española (Prieto Castro y Aguirre Cárdenas) que es *abstracto* en cuanto descripción legal; *objetivo*, por referirse a la conducta externa; *especial*, por serlo de cada delito; y añaden que es además *neutro*, por carecer de función valorativa, y *rector común*, por expresar aquello en que han de coincidir la realización y la culpabilidad (N. del T. a, en BELING, E., *El rector de los tipos de delito*, pp. 7-8).

(81) Sobre la evolución del concepto, primero de *corpus delicti*, y luego de «Tatbestand», cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, pp. 10-18.

(82) Cfr. KERN, E., *GS* 103 (1933), p. 51. Para CARDENAL MONTRAVETA, S., *El tipo penal*, p. 21, la originalidad de la propuesta de Beling reside en que traza con precisión una teoría general del «tipo especial» y pone de manifiesto la necesidad de introducir en la definición general de delito la exigencia de que la acción delictiva se corresponda con alguno de los «tipos especiales» descritos en la ley penal.

(83) No cabe olvidar, por ejemplo, cómo en el planteamiento político-criminal de Roxin, el sentido de la tipicidad es plasmar el principio constitucional de legalidad:

Con todo, me parece detectar algunos aspectos críticos en este modo de entender la relevancia de la propuesta de *Beling* (84). Por un lado, i) se percibe cierto formalismo en el uso de la expresión, como si la tipicidad fuera una mera fórmula de estilo, como si invocar la tipicidad fuera suficiente para conjurar el peligro de un legislador desmedido (85). Por otro lado, ii) una vez que el principio liberal de legalidad parece reconocido y asumido, pierde relevancia insistir en la función de garantía, y conviene atender a otros aspectos de dicho principio que sin embargo se descuidan con la idea de tipicidad. Me refiero en concreto a que hoy en día puede tener más importancia –al menos en la doctrina y praxis españolas– el aspecto de la *taxatividad*, de la exigencia de *lex certa*, que el de la mera previsión legal de los comportamientos delictivos. Tan importante como la tipicidad, en cuanto definición legislativa de los delitos, es la precisión y concreción de sus posibles significados, así como la labor de cumplida motivación de las decisiones judiciales. En este sentido, cabría esperar mayor eficacia de la idea de tipo de garantía («*Garantietatbestand*»). Además, por otro lado, iii) dudo de que la doctrina del «*Tatbestand*» esté en condiciones de ejercer un límite al *ius puniendi* si se vincula solo a la acción legisladora que define delitos. Es más, la decisión político-criminal sobre los presupuestos de la culpabilidad (imputabilidad), así como de los supuestos que condicionan la imposición de una pena (punibilidad), ha de someterse a los postulados del Estado de Derecho. Por lo que es ilusorio cifrar el principio de legalidad en la «definición de los comportamientos» delictivos. En definitiva, que cabe dudar de la relevancia que se ha dado a la función político-criminal (legalidad) de la tipicidad (86).

3. Pero tampoco es que la idea sistemática del tipo («*Systemtatbestand*») pueda resolver las dudas que la teoría del delito plantea en la actualidad. Y ello por dos razones. Por un lado, i) la cuestión –clásica, pero rediviva– de si es posible una distinción entre injusto y culpabilidad pone de manifiesto cómo la de tipicidad es una categoría instrumental o de referencia, en cuanto que aporta poco la afirmación de una conducta como típica sin tener en cuenta su

---

ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1973, p. 15.

(84) Cfr. PLATE, H., *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, pp. 104-163.

(85) En este sentido, habría que reconocer a Feuerbach (cfr. BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, pp. 12, 15) el mérito de haber resaltado el aspecto político del principio de legalidad.

(86) Cfr. en cambio SOLA RECHE, E., en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Santiago Mir Puig*, p. 403.

antijuridicidad (87), sin profundizar en las razones de su prohibición. Si tipicidad significa algo es por referencia a la antijuridicidad (comportamientos antijurídicos típicos, en cuanto *tipificados*) (88), de manera que no se erige como un tercer pilar entre injusto y culpabilidad, sino como el instrumento de plasmación de una importante decisión político-criminal. Incluso si se desea insistir en que existe también un tipo de la culpabilidad (89), se agranda la relativización del concepto de tipo, que tiene sentido por referencia siempre a cualquiera de las otras dos categorías. Es más: puestos a complementar la teoría del delito con una categoría auxiliar adicional que dé respuesta de nuevos problemas, me parece más relevante acudir a la de *punibilidad*, porque esta encierra una decisión legislativa y judicial sobre la concreta necesidad de pena en el caso singular que exige una valoración, en parte dependiente de injusto y culpabilidad, y en parte autónoma (90).

A su vez, ii) la problemática de la relación entre tipo e injusto (91), a propósito de las causas de justificación y la omisión, pone de manifiesto cómo el de tipo es un concepto instrumental que pierde entidad y relevancia en favor de los verdaderos términos de la discusión, que son comisión, omisión y causas de justificación. En la medida en que se parte de tres clases de normas (prohibitivas, prescriptivas y permisivas), cuyas relaciones mutuas logran explicar el universo de situaciones posibles (comisión, omisión y causas de justificación), pierde sentido un concepto adicional de tipo que se situaría a mitad de camino entre comisión, omisión y causa de justificación y la respectiva norma subyacente. A mi modo de ver, no es adecuado oponer y enfrentar entonces tipo comisivo a causa de justificación (en esencia, tipicidad y antijuridicidad), pues se trata de una dicotomía de pobre y reducido alcance. Resulta más enriquecedor atender a las relaciones que se dan entre

---

(87) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 391; 2.<sup>a</sup> ed., ampliada y actualizada, Montevideo, Buenos Aires, 2010, pp. 632-633.

(88) Cfr. la crítica de BRUNS, H., *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, pp. 38-41.

(89) Desde antiguo se criticó que el concepto de tipicidad no puede verse al margen de la antijuridicidad: así, la crítica recogida en KERN, E., *GS 103* (1933), p. 51. También se le criticó que no era tan nítida la asignación de lo objetivo a la antijuridicidad y lo psíquico a la culpabilidad, mediante la inclusión de elementos de subjetivos en la primera, y objetivos en la segunda: cfr. *ibidem*, cómo se hace eco de la acogida de elementos valorativos en la tipicidad.

(90) Sobre la distinción entre «tipicidad *ex ante*» y «tipicidad *ex post*» (vinculada esta a la norma secundaria), cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, p. 392; 2010, pp. 634-635.

(91) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, 1992, p. 390; 2010, pp. 631-632.

comisión y omisión, y entre comisión y permisión (92), así como entre omisión y permisión (denominada entonces «exención»). Es más: resulta claro que no media la misma relación de oposición entre conductas prohibidas y prescritas que entre conductas prohibidas y permitidas (93). Para aclarar la relación existente entre comisión, omisión y causas de justificación (esto es, entre normas prohibitivas, prescriptivas y facultativas), me parece que no es la tipicidad la categoría que puede aportar claridad. En realidad no aclara más porque no puede, ya que opera en un plano diverso: es concepto instrumental que viene a plasmar el supuesto de hecho de la respectiva norma.

4. De este modo nos hallamos como al comienzo: los sentidos garantista y sistemático de «Tatbestand» aportan mucho, pero no son nuevos. En cambio, la función *conceptual* o *metodológica* de la idea de «Tatbestand» (*supra*, II.3, párr. 4) (94), sí es más novedosa, pero sería la menos desarrollada por Beling. Incluso me parece que aquí no sería esencial su aportación, sino que se trata de un concepto más propio de la Metodología del Derecho (y no sólo penal).

5. Sin embargo, no puede ignorarse que la dogmática penal del s. xx no se entiende a sí misma sin la referencia a la tipicidad, pues postulados como los del finalismo y de la doctrina de los elementos negativos del tipo presuponen la existencia y relevancia de dicha categoría. Es más, en cierto sentido, podrían verse ambas doctrinas como una polémica a propósito de la entidad, autonomía y relevancia de la *tipicidad*. Quizá no pueda decirse que, cien años después, la propuesta doctrinal de Beling haya encontrado acogida en la dogmática del Derecho penal actual como en cambio tienen otros conceptos como dolo, justificación, culpabilidad... El mérito de Beling residiría en que catalizó la discusión y la hizo avanzar (95). Posiblemente sea gracias a los retos que él planteó como la doctrina jurídico-penal haya experimentado un inusitado desarrollo que llega a nuestros días.

---

(92) Y por lo demás, y en consecuencia, la distinción entre permisión fuerte y permisión débil.

(93) Lo cual exige asumir que comisión opera como *contradictorio* lógico respecto de la causa de justificación; así como la permisión lo es de la exención. En cambio, comisión y omisión son *contrarios*. (relación de oposición denominada en la lógica de enunciados como «*oposición contraria*»).

(94) La idea de tipo no refleja un concepto suprajurídico o ahistórico, sino plenamente iuspositivo, necesitado de una ley penal (cfr. KERN, E., *GS* 103 [1933], p. 53). En este sentido sería instrumental.

(95) Sobre los desarrollos de la doctrina del «Tatbestand» a partir de nuestro autor, cfr. SCHWEIKERT, H., *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, passim*.





# Sobre el delito del artículo 384 del Código Penal. De la sanción administrativa a la sanción penal

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO  
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal  
UDIMA

## RESUMEN

*El presente trabajo trata de escudriñar los elementos de las distintas modalidades delictivas configuradas en el artículo 384 del Código Penal, a la luz de la controversia generada doctrinal y jurisprudencialmente, tratando de ofrecerse algunos supuestos especiales que quedan fuera del tipo penal, realizándose, además, un recorrido normativo de la conducta típica, desde sus orígenes hasta los comentarios más recientes.*

*Palabras clave: Permiso de conducir; seguridad vial; pérdida de puntos; conducción; privación del permiso.*

## ABSTRACT

*This paper aims to analyse the elements of the different crimes configured of article 384 of the Spanish Criminal Law, given its doctrinal and jurisprudential controversial nature. In addition, it tries to offer some special cases that are outside the Criminal Law. Finally, this paper will be show a normative journey from its origins to the most recent comments.*

*Keywords: Driving license; road safety; loss of points; driving; deprivation of permission.*

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos y evolución del delito.–2. Naturaleza jurídica.–3. Bien jurídico protegido.–4. Conductas típicas. 4.1 Cuestiones previas. 4.2 La resolución administrativa relativa a la pérdida de vigencia del permiso o licencia para conducir como consecuencia de la pérdida total de los puntos asignados legalmente: la notificación al conductor y la declaración de firmeza de la resolución. 4.3 Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor tras la pérdida del total de los puntos legalmente asignados. 4.4 Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor habiendo sido privado judicialmente del permiso de conducir. 4.5 Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor sin la previa adquisición del permiso o la licencia pertinente.–5. Algunos supuestos especiales excluidos del tipo penal.–6. Conclusiones.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL DELITO

Antes de comenzar con el análisis histórico y evolutivo del delito contra la Seguridad Vial relativo a la conducción sin permiso, en sus distintas modalidades, elementos delictivos y su tratamiento en el Derecho administrativo, centraremos previamente el concepto referido al verbo «conducir», o maniobra consistente en practicar la «conducción».

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir» consiste en «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta); y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta consistente en «conducir un vehículo a motor (1) o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanis-

---

(1) En relación al vehículo de motor, gran parte de la doctrina, con acierto, ha considerado que por tal habría que entender cualquier vehículo capaz de circular por las vías públicas por sus propios medios de propulsión. *Vid.*, por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Tratado de Derecho Penal. Parte Especial», tomo IV (Coord. Enrique Gimbernat Ordeig), Madrid, Ed. *Revista de Derecho Privado*, 1967, p. 494. Con posterioridad, otros tomos de este tratado de ineludible consulta para todo jurista fueron publicados, entre ellos, el tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Gimbernat Ordeig, Madrid 1972; tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., revisada por Carlos García Valdés, Madrid 1977; tomo III, 2.<sup>a</sup> ed., revisada por Carlos García Valdés, Madrid 1978.

En el Anexo I del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante, TRLTC) se definen una serie de conceptos básicos y, concretamente en el punto 12, se define vehículo de motor como aquel «vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida».

Por su parte, el punto 9, referido al concepto de vehículo ciclomotor, cataloga dentro de tal condición a los siguientes:

mos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Así pues, la conducta consiste en guiar y dirigir el vehículo implicando un desplazamiento espacial y temporal. Téngase en cuenta, en este sentido, que ha sido discutida la cuestión relativa a si el vehículo debe desplazarse autopropulsado (2) para que podamos hablar de conducción (3). El tema no ha resultado totalmente pacífico. Según la STS de 15 de octubre de 1986, la idea de movimiento o desplazamiento se encuentra implícita en la noción de «conducir» (4). Ahora bien, recientemente, el Tribunal Supremo, en virtud de STS 436/2017, de 15 de junio, ha puesto de manifiesto que «Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del

«a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm<sup>3</sup>, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.

b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm<sup>3</sup> para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm<sup>3</sup> para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos».

(2) Vid., entre otras, las SSTs de 23 de septiembre de 1964; 27 de septiembre de 1968; y 15 de octubre de 1968.

(3) En el Anexo I del TRLTC, hallamos la definición de conductor como aquella «Persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 –son peatones quienes empujan o arrastran un coche de niño o de una persona con discapacidad o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, y las personas con discapacidad que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor– maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, tiene la consideración de conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales», dejando en un segundo plano a los acompañantes del conductor que, sin embargo, sí pueden asumir alguna responsabilidad como inductor, cooperador necesario o cómplice, según los casos, si concurren determinadas circunstancias.

(4) En las primeras acepciones del Diccionario de la RAE aflora esa idea: «conducir: 1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio». La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción».

*trayecto. Actos de aparcamiento (5) o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. (...) Se puede afirmar con rotundidad que (...) se exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia (6). Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción. En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el artículo 379 CP, aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los 2 metros». A lo expuesto podríamos añadir que el desplazamiento exigido para que podamos estar en presencia de una maniobra de conducción al objeto de una posible infracción administrativa y/o penal, debe consistir en un desplazamiento de un vehículo a motor o ciclomotor, manejando los mecanismos de dirección y control, por las vías públicas o privadas, de uso común o generalizado.*

Así mismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado afirmando que el tipo penal tiene cabida con un mero desplazamiento del vehículo en punto muerto, sin la preceptiva activación del motor de arranque (7).

---

(5) *Vid.*, acerca de esta cuestión, dejando fuera del tipo penal maniobras como las de aparcar un vehículo o entrar y salir de un determinado aparcamiento, TRAPERO BARREALES, M.<sup>ª</sup>A.: *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 382, nota.

(6) *Vid.*, al respecto, PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>ª</sup>: «El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial», en VV. AA.: *Seguridad vial y Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 270.

(7) Así, anuncia en la STS 436/2017, de 15 de junio, que «*el ordenamiento penal no ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo de motor. Auxilia en esa indagación la normativa administrativa. (...) No se aprecian razones para apartarse a estos efectos de la noción extraíble de normas extrapenales. La interpretación combinada de varios instrumentos normativos arroja luces sobre lo que debe entenderse por conducir: Veamos: 1) Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. De él retenemos dos puntos: 1.1) Su art. 3 señala que, a los efectos de la ley y sus disposiciones complementarias, los conceptos básicos sobre vehículos, vías públicas y usuarios de las mismas son los previstos en su Anexo I. En dicho Anexo no se contiene una definición de «conducir», pero sí de «conductor». Es definido como «la persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 maneja el mecanismo de direc-*

Por otro lado, conviene indicar que el permiso o licencia de conducir es, en puridad, un documento público expedido por la autoridad competente y faculta al titular del mismo para conducir vehículos a motor y ciclomotores por las vías públicas, tras haberse verificado que se cumplen los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para realizar la conducción de un determinado vehículo a motor o ciclomotor. En este sentido, con buen tino ha apuntado Prieto González que dicha conducción debe realizarse (8) en una vía o terreno público apto para la circulación; en una vía o terreno que sin tener la aptitud sea de uso común; o en una vía o terreno privado susceptible de ser utilizado por una colectividad indeterminada de usuarios (9).

Pues bien, adentrándonos en la evolución histórica del fenómeno que pretendemos analizar, podemos afirmar que el Código Penal (en adelante, CP) de 1928 fue la primera norma penal que recogió como delito la conducta de conducir un vehículo sin licencia (10). Dicho

---

*ción o va al mando de un vehículo (...)*. 1.2) Sus arts. 1 («Objeto»), 10 («Usuarios, conductores y titulares de vehículos») y 13 («Normas generales de conducción»), proporcionan otras referencias no desdeñables. 1.3) El Capítulo II del Título II, (arts. 13 a 44), fija las normas de la circulación de los diferentes tipos de vehículos y usuarios. Utiliza el verbo circular para relacionar los diferentes usos que pueden darse a las diferentes vías y caminos que enuncia. Los arts. 28 y 29 contienen previsiones referidas a las maniobras de aparcar y salir del aparcamiento. 2) El Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Esta norma maneja el verbo conducir en diversos preceptos. Entre otros, su art. 3, bajo la rúbrica «conductores», prescribe que «se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía». Los arts. 72 y 73 se refieren a la acción de aparcar. 3) El Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Su objeto viene constituido por la regulación de la enseñanza de la actividad de conducción. Hace referencia a acciones incardinables en ella, (arts. 41, 42 y 43) y regula de manera extensa y pormenorizada las diferentes pruebas y maniobras que deben realizarse para la obtención de las autorizaciones administrativas para conducir vehículos de motor. Con ese entorno normativo como telón de fondo podemos afirmar que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza».

(8) Vid. PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, op. cit., p. 272.

(9) Como pudiera ser, en este último caso, un aparcamiento de un establecimiento privado pero abierto al público general.

(10) Sobre la evolución histórica del delito de conducción sin permiso, vid., entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*. Barcelona,

delito se contemplaba en el Título IX «*Delitos contra la seguridad colectiva*», Sección Segunda del Capítulo Primero, relativo a los «*estragos y delitos afines*», bajo la rúbrica de «*Delitos afines a los estragos, imputables a imprevisión, imprudencia o impericia*», en cuyo artículo 574 del mismo texto legal se exponía que «*El que condujere los vehículos o aparatos de locomoción o transporte para cuya conducción se necesite aptitud determinada, sin certificación que acredite ésta, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 3.000 pesetas*».

Tras la derogación del texto punitivo, la conducta mencionada pasó a sancionarse en el ordenamiento administrativo (11), hasta que nuevamente, con la Ley de 9 de mayo de 1950, retornó el carácter penal de la infracción.

Precisamente, el artículo 3 de la Ley de 9 de mayo de 1950, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, sancionaba la conducción de un vehículo de motor sin encontrarse legalmente habilitado para ello, de manera que «*El que condujere un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 10.000 pesetas*».

Ciertamente, el Preámbulo de esta norma justificaba la tipificación de la conducta objeto de estudio señalando que «*La frecuencia con que se producen accidentes, mediante el uso de vehículos de motor, determina la necesidad de sancionar adecuadamente, tanto el uso imprudente de aquéllos, que puedan determinar un peligro social, como la utilización ilegítima de dichos vehículos y los actos perturbadores, o que impidan su circulación*» (12).

---

Bosch, 2.<sup>a</sup> ed., 2008, pp. 770 y ss.; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, *op. cit.*, 256 y ss.; MIRÓ LLINARES, F.: «El "moderno" Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso», en *InDret*, n.º 3, 2009, pp. 57 y 58; GARCÍA DEL BLANCO, V.: «El artículo 384 del Código penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines», en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 487 y ss.

(11) Debe tenerse en cuenta que previamente, el Reglamento para el servicio de coche automóviles por las carreteras, aprobado por Real Decreto de 17 de diciembre de 1900, estableció la necesidad de obtener y disponer de una habilitación especial para conducir automóviles o carruajes a motor. En concreto, se hacía necesaria la licencia para conducir vehículos particulares de más de 150 kg de peso y velocidad máxima de 28 km/hora.

(12) En el mismo sentido, la STS de 5 de marzo de 1954 señalaba que «*agudizando el problema del tráfico por el enorme crecimiento del mismo y la multiplicación de los accidentes, debido en la generalidad de los casos a la falta de celo de los conductores de vehículos de motor, tuvo el legislador necesidad de procurar medidas que atajasen el mal mediante la transformación de infracciones meramente reglamentarias en modalidades delictivas*».

A pesar de la relevancia que tuvo el precepto, y de su longeva vigencia, sería el que mayores problemas presentó en cuanto a su aplicación.

En efecto, aunque la conducta principal del delito no era otra que la conducción por quien careciera de permiso o licencia de conducir, el artículo 3 también sancionaba la conducción de un tractor sin el oportuno certificado de tractorista, la conducción de un vehículo de categoría superior a la que autorizaba la licencia poseída y la conducción con una licencia cancelada por falta de revisión o caducada.

Esta Ley de 1950 fue, tal y como señalara la STS de 2 de diciembre de 1953, *«creadora de varias figuras de delito que tienden a prevenir riesgos propios del uso de los vehículos de motor, aunque no llegasen a producirse males concretos sobre las personas o la propiedad»*. Sin duda alguna se trató de una norma penal, ya que establecía *«con carácter penal las sanciones que corresponden a la infracción de sus preceptos»* (STS 7 de mayo de 1957). Sin embargo, esta norma sería derogada y sustituida por la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962, la cual sancionaba la conducción sin la previa obtención del permiso con una multa de 5.000 a 15.000 pesetas. La Exposición de Motivos de dicha Ley justificaba la participación del Derecho Penal en la represión del terreno vial como consecuencia del *«constante aumento del tráfico, consecuencia del uso, cada vez más frecuente, de vehículos de motor; el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria preocupación para los Gobiernos de todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional.*

*No basta una perfecta regulación gubernativa, tendente a prevenir tales hechos, mediante un cúmulo de normas precisas y bien calculadas, si su destinatario hace caso omiso de ellas o temerariamente las desprecia, a sabiendas del riesgo que corre y en el que coloca a sus semejantes.*

*A la política criminal compete la tarea de incardinar en reglas jurídicas, preventivas y represivas, las actitudes y consecuencias de los comportamientos, temerarios o no, que contravengan las propias normas de circulación (...).*

Posteriormente, la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) introdujo el delito en el texto punitivo, creando a su vez un nuevo Capítulo, cuya rúbrica era *«De los*



*delitos de riesgo en general», con una primera Sección, «De los delitos contra la seguridad del tráfico». El legislador argumentó tal inclusión señalando que «La persistencia y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tráfico y continuidad con que se producen los delitos cometidos con ocasión del tránsito de automóviles y su indudable semejanza con otros previstos en el Código penal, aconsejan la conveniencia de su inserción en el principal texto punitivo, aunque sea preciso, en muy limitados casos, trasplantar al mismo algunos tipos que, configurados en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, parece necesario conservar en razón a los bienes jurídicos que protegen. (...) La experiencia proporcionada con la aplicación de la Ley especial permite dar ya este paso adelante, encuadrando los delitos que tipificaba en el Código penal común».*

En este sentido, el artículo 340 bis c) del Código Penal rezaba que «Será castigado con pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas, el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso». Si bien es cierto, como se puede advertir en la redacción del precepto, se dejaba fuera del mismo la conducción realizada tras la pérdida del permiso por decisión judicial –*que constituía un delito de desobediencia*– o por condena penal firme –*delito de quebrantamiento de condena*–.

Cristalina se pronuncia, en este sentido, De Vicente Martínez cuando manifiesta que «era inevitable que al persistir el fenómeno de la violencia vial acabara interviniendo el Derecho penal. Sin embargo, el recurso al Derecho penal no ha sido una cuestión completamente pacífica» (13). Tanto es así que, en el año 2005, la Ley 17/2005, de 19 de junio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modificaba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 1990 (en adelante, LSV) (14), varió el régimen sancionador de la infracción consistente en realizar la conducción de un vehículo a motor sin habilitación legal para adaptarlo al nuevo sistema de carné por puntos. De esta manera, tipificó como infracción grave la conducción de un vehículo tras la caducidad del permiso y, como infracción muy grave, la conducción sin haber obtenido nunca dicha licencia. Asimismo, también contempló como infracción la conducción cuando el permiso se encontrase retirado o suspendido penal o administrativamente.

---

(13) Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial*. 1.ª ed. Barcelona, Bosch, 2006, p. 28.

(14) Aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Hoy en día, ya derogada.

Tras la llegada del permiso de conducir por puntos, la vigencia de una autorización para conducir quedaba condicionada a que el titular mantuviera el número de puntos que le fueron asignados, contabilizándose de manera automática la pérdida de al menos dos puntos cuando el conductor cometiera determinadas infracciones graves o muy graves, sin perjuicio de la sanción individualizada de la concreta infracción cometida. Se creaba así una nueva modalidad de ilicitud administrativa que era sancionada con la pérdida de la autorización para conducir, y la correspondiente obligación de obtenerla nuevamente, en caso de volver a tener intención de conducir, previa superación de cursos de formación vial de contenido específico para conductores infractores (15).

Ciertamente, la entrada en vigor de esta nueva ley dio lugar a la tipificación penal de la conducta basada en conducir sin habilitación legal. De este modo, algunas Fiscalías, así como el Director General de Tráfico, al comparecer ante la Comisión de Seguridad Vial del Congreso el 22 de febrero de 2006, solicitaron la recuperación del delito de conducción sin permiso, ya que consideraban que de otro modo el nuevo sistema de carné por puntos perdería eficacia (16). En

---

(15) Vid. TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: «Reflexiones sobre algunos efectos administrativos del llamado "carnet por puntos" en las consecuencias penales de los delitos contra la seguridad en el tráfico», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial*. Madrid, Dykinson, 2007, pp. 98-99.

(16) Al respecto, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, op. cit., 1.<sup>a</sup> ed. p. 491. Ahora bien, la falta de eficacia del Derecho administrativo sancionador como argumentación para justificar la intervención penal debería de estar arropada en datos estadísticos sin lugar a duda. Pero es que además, como indica Trapero Barreales, si efectivamente se llegara a demostrar que el Derecho administrativo sancionador no resulta eficaz para lograr los objetivos perseguidos con el permiso por puntos, y en general con el control de la conducción de vehículos a motor y ciclomotores a través de la exigencia de la previa autorización para realizar esta actividad una vez demostrados los conocimientos, habilidades y aptitudes psicofísicas del sujeto para su práctica, tampoco en este caso sería necesaria la tipificación del delito de conducción sin permiso, al menos en la forma como se ha planteado en la reforma de la LO 15/2007, ya que la forma de reforzar el acatamiento de las decisiones de la autoridad administrativa sobre la pérdida o suspensión del permiso de conducir no es a través de un delito específico sobre esta materia, sino a través de los tipos penales que tratan de proteger el principio de autoridad, por tanto, a través del delito o la falta de desobediencia». Cfr. TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, op. cit., p. 371.

Ciertamente, pese a que el permiso y licencia por puntos parece ser un acierto desde un prisma con la intención de reducir la siniestralidad y accidentalidad vial, es evidente que puede regularse de una manera más ortodoxa por la legislación española. De hecho, si atendemos a los conceptos de eficacia, a quien destacamos, entre otros, a BENLLOCH PETIT, G.: «La eficacia de las sanciones penales y administrativas en la lucha contra la siniestralidad vial», en *Tráfico y seguridad vial*, n.º 73, pp. 5-24; y

este sentido, autores como Villalba Carrasquilla (17) son partidarios de que pudiera considerarse como una agravante el hecho de no poseer permiso para conducir aquella persona que cometiera un delito contra la seguridad del tráfico.

En realidad, observamos con recelo la introducción del delito en la forma en que tuvo lugar, pues no parece convincente (18) que para justificar la tipificación de la conducta se trate de argumentar la ele-

---

eficiencia, esta última »no se alcanza debido a la sobre-reglamentación que incorpora. Seguramente sancionando con pérdida de puntos las conductas que de verdad son causa de la siniestralidad o aquellas cuya persecución y represión fueran prioritarias se hubieran alcanzado los mismos resultados». Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384 del Código penal...*, op. cit., p. 475.

(17) Vid. VILLALBA CARRASQUILLA, F. J.: «El endurecimiento de las penas de los delitos de tráfico como medida de mejora de la siniestralidad», en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal: Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 63 y 64.

(18) Vid. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *Últ. op. cit.*, p. 437. En este sentido, ya anunciaba Magro Servet que a fecha de 31 de diciembre de 2006 nuestro parque automovilístico contaba con 28.531.325 vehículos, y el número de conductores con licencia o permiso de circulación era de 24.143.482 personas. Así se llegaba a la conclusión, por parte del legislador, de que aproximadamente cinco millones de conductores no estarían administrativamente habilitados para poner en práctica la conducción. Seguramente, la clase política de turno no tuvo en cuenta, o no tuvo intención de tenerla, que los propietarios de ciertos vehículos a motor, como pudieran ser los camiones, furgonetas, autobuses, y también los propietarios de ciclomotores, tendrían muy probablemente, no en pocos casos, un turismo particular. Vid. MAGRO SERVET, V.: «La criminalización de la conducción sin permiso de conducir o retirado», en *Diario La Ley*, n.º 6941, de 8 de mayo de 2008. Ciertamente, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005, al analizar los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena de privación del permiso de conducir en ciertos supuestos, vino a anunciar que «la realidad social nos indica que hoy en día, pese a que carecer del carné de conducir no es ningún desdoro, la tenencia del permiso de conducir ha pasado de ser algo habitual y frecuente a ser algo casi necesario para el normal desenvolvimiento de las personas. Prueba de esta importancia es el alto número de ofertas de trabajo que exigen la tenencia del permiso de conducir para acceder a un puesto de trabajo. Por ello, y en base a las consecuencias, a veces la pérdida de trabajo, que puede tener la automática aplicación de la pena de privación del permiso de conducir para muchas personas condenadas por delitos contra la seguridad del tráfico, es necesario arbitrar algún sistema que compagine la adecuada sanción a una conducta a todas luces reprochable con la evitación de que tales penas conlleven o supongan unos perjuicios más graves de aquéllos que en principio está llamado a cumplir. En este sentido, el hecho de que la ejecución de la pena de privación del permiso de conducir, no pueda quedar suspendida (...) puede producir efectos muy negativos en la persona y familia de quien comete el delito y se ve privado durante al menos un año de un permiso que puede serle necesario para trabajar, resultando paradójico que las penas privativas de libertad, previstas para hechos más graves, sí puedan suspenderse evitando así la producción de esos mismos perjuicios».

vada cifra de posibles sujetos que conducen sin el correspondiente permiso o licencia, bien por no haberlo obtenido nunca, por haber sido privado del mismo judicialmente, o como consecuencia de la pérdida de puntos.

Así las cosas, y tras las numerosas críticas halladas, se comenzó a proponer y solicitar una reforma del Código penal, recuperándose la sanción de la conducción sin la habilitación legal, como infracción administrativa, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio de 1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. La Exposición de Motivos de esta reforma ofrecía como explicación a tal destipificación penal que «(...) *El delito de conducción sin permiso, descrito en el artículo 340 bis c), que en esta Reforma se suprime, atendiendo así a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo*».

No podemos dejar de observar con recelo la justificación propuesta por el legislador penal español, ya que sus palabras carecían de sentido lógico y coherente, lo que nos lleva a considerar que la única motivación de la reforma fueron las numerosas y negativas críticas procedentes de la doctrina y la jurisprudencia.

En la misma línea, la ulterior reforma operada en esta materia, en virtud de la LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal, vendría acompañada de ciertos problemas interpretativos, por lo que la Fiscalía General del Estado emitió una serie de instrucciones a través de la Circular 2/1990, de 1 de octubre. Asimismo, un año antes de la entrada en vigor del Código Penal vigente en la actualidad, se promulgó la LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal. Esta ley retocó ligeramente la redacción del delito conocido como «de los conductores suicidas» (artículo 340 bis d)), e introdujo el ciclomotor como instrumento para la comisión de conductas delictivas.

Pues bien, con la aprobación del Código Penal vigente, en virtud de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, tuvieron lugar algunas reformas penales posteriores relevantes y que vinieron a modificar algunos preceptos en materia de seguridad vial –*el texto originario no ofreció grandes cambios*–.

Una de las reformas más importantes –*dejando en este estudio de lado, entre otras, a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se reformaba el Código Penal, al no tener gran interés en el presente análisis*– fue la operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre (19),

---

(19) Esta Ley supuso «la modificación de mayor calado que ha experimentado este ámbito de la delincuencia desde la introducción de estas infracciones en el texto punitivo».

por la que se modificaba el texto punitivo en materia de seguridad vial, pues introdujo en el ámbito penal las conductas sancionadas en el actual artículo 384, de la mano de García Albero (20), no resultando baladí ni las críticas recibidas (21) ni el proceso de elaboración nor-

---

Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «La reforma del Código Penal en materia de seguridad vial», en *Revista Xurídica Galega*, n.º 55, 2007, p. 43.

(20) El artículo 384 como resultado de la reforma de 2007 se inscribe como el trabajo de este Catedrático de la Universidad de Lleida. Al respecto, *vid.* GARCÍA ALBERO, R.: «La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 9, 2007, formato electrónico. *Vid.*, también, ROBLEDO VILLAR, A.: «Los delitos contra la seguridad vial: innovaciones introducidas por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código penal en materia de seguridad vial (BOE núm. 288, de 1 de diciembre)», en *Diario La Ley*, n.º 6877. Y sobre el proyecto de reforma del CP, de 2006, *vid.*, por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial (proyecto CP 2006) (Comunicación)», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 114, 2007, pp. 275 y ss.

(21) Esta reforma fue objeto de duras críticas por cierto sector doctrinal, entre las que destacamos las de Queralt Jiménez, quien considera que la misma adolecía de muchos defectos y que se trataba de otro «parche» más, consistente en un aumento de las penas y en la nueva intromisión del Derecho penal en el ámbito del Derecho administrativo. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas», en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.): *Seguridad Vial y Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64; o la de Martínez Nieto, que advertía que el año 2007 podía pasar a la historia de la política de seguridad vial como el año en el que fracasara el nuevo sistema de carné por puntos y la nueva reforma del Código penal. *Vid.* MARTÍNEZ NIETO, A.: «Notas sobre el derecho y la política de seguridad vial. Un sistema caótico de normas al servicio de una política desorientada», en *Diario La Ley*, n.º 6877, 2008, p. 13.; la de De Vicente Martínez, que señalaba que el legislador recurrió «a infracciones meramente formales que por sí mismas no comportan necesariamente peligro alguno para la seguridad vial [pues] (...) si lo que pretendía con la incorporación del artículo 384 al texto punitivo, tal y como afirmaba el Director General del Tráfico, era asegurar la eficacia de la nueva normativa administrativa, dicha eficacia se podía haber conseguido sin vulnerar principios tan fundamentales del Derecho penal como el de ultima ratio o el de ofensiva». Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, *op. cit.*, 2.ª ed. p. 748. Inclusive, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, durante la reforma indicó que aquella se revelaría «en breve como absurda tal y como está planteada». Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, n.º 898, 27 de septiembre de 2007, p. 3.

Por su parte, la autora citada expuso que «el verdadero motor que ha impulsado la modificación del Código penal en materia de tráfico rodado ha sido la presión social ejercitada ante la sensación de impunidad que llevan aparejados los delitos de violencia vial, especialmente los relacionados con muertes o lesiones imprudentes». Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Últ. op. cit.*, p. 51. Este impulso al que alude la última autora referida, se vería ampliado por la opinión y presión de las víctimas, que también motivaron que la reforma prosperara. Y es que tal y como expuso el Sr. Mayoral Cortés durante la tramitación de la Proposición de la reforma en el Congreso, «se trata además, señorías, de recoger el clamor de las víctimas, porque esta proposición de ley viene acompañada de un clamor de las víctimas, de muchas perso-

mativa (22) por los problemas que podría ocasionar entre el ámbito administrativo y el penal, ya que dicha conducta se encontraba sancio-

---

nas víctimas de accidentes». Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, n.º 290, 4 de octubre de 2007, p. 14277.

En este sentido, Vives Antón señalaba que «Una cosa es que se oiga a las víctimas, y que se las proteja y ayude por todos los medios posibles, y otra, muy distinta e indeseable, es que se tenga por justa la pena que ellas desearían imponer. Las víctimas no son ni pueden ser jueces: tomarlas por tales socavaría el fundamento mismo de la pena pública y nos devolvería a la época tribal de la venganza». Cfr. VIVES ANTÓN, T. S.: «Prólogo» a *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*. Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 13.

(22) Cabe afirmar que en diciembre de 2006 el Consejo de Ministros aprobó la propuesta de modificación plasmada en el Proyecto de reforma del Código Penal, que fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007. Esta proposición introducía en el artículo 384, en un principio, el delito de conducción con el permiso retirado –judicial o administrativamente– o suspendido, quedando redactado como sigue: «*El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor habiendo sido privado judicialmente o administrativamente del derecho a hacerlo, o cuando el correspondiente permiso se encontrase suspendido o retirado, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 21 a 90 días. En cualquiera de los casos, se impondrá la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años*».

El Consejo General del Poder Judicial justificó dicha tipificación penal en el Informe al Anteproyecto de Reforma «*en razón a su común vinculación con el bien jurídico que constituye la seguridad del tráfico, razón por la cual se puede considerar acertada su integración sistemática en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal*».

El 22 de junio de 2007, tras el acuerdo al que llegó el Parlamento español sobre la tramitación urgente de la reforma de los delitos de tráfico, fue presentada la Proposición de Ley Orgánica por los Grupos Parlamentarios Socialistas del Congreso Catalán (Convergencia i Unió), de Esquerra Republicana (ERC), de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, de Coalición Canaria-Nueva Canarias y Mixto. En dicha proposición, el artículo 384 quedaba redactado de la siguiente forma: «*El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta uno a noventa días y, en todo caso, con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años. Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial*».

El hecho de que en la Proposición de Ley Orgánica no se tipificase como delito el hecho de conducir sin habilitación o autorización administrativa, sería discutido por el Consejo Fiscal en su Informe sobre el Anteproyecto, en el que apuntaba que «*si atendemos al objetivo de política criminal que inspira la reforma, la nueva previsión legal adolece de coherencia interna. El nuevo tipo se configura como una modalidad de delito contra la seguridad vial y tipifica como conductas criminales una serie de comportamientos cuyo común denominador es que el autor haya sido desposeído por una u otra causa del permiso de conducir previamente obtenido. Sin embargo, no se castiga la conducción sin haber obtenido nunca dicho permiso, que se mantiene como infracción administrativa muy grave en el artículo 65.5.j) de la Ley de Tráfico,*

nada entonces en la LSV de 1990. Ciertamente, De Vicente Martínez ha manifestado que el «proceso de modificación e incorporación ha desembocado en la invasión de ámbitos que tradicionalmente pertenecieron al Derecho administrativo y se inserta, en definitiva, en el proceso creciente de criminalización» (23). De esta manera, el proceso de reforma fue denominado «proceso de administrativización del Derecho penal», fruto de la expansión (24) progresiva del Derecho penal en España, aunque para voces autorizadas como las de Serrano Gómez y Serrano Maíllo, «estamos en un supuesto de expansión del Derecho penal, pues por la comisión de infracciones administrativas la conducción de un vehículo puede pasar a ser delito. (...) Este delito, que desapareció del Código penal en 1994, por las críticas de que fue objeto no tiene justificación que vuelva a tipificarse» (25). En este sentido, es cierto que la peligrosidad inherente a la circulación de vehículos a motor justifica la intervención del Derecho penal, y la inclusión de estas figuras en el Código penal da carta de naturaleza al tratamiento de la delincuencia de tráfico como delincuencia común, privándole de ese carácter de delincuencia menor o incluso «de caballeros» (26) que originalmente se le atribuyó.

---

*haciendo a estos conductores (...) de mejor condición que aquellos que obtengan legalmente la autorización para conducir».*

Finalmente, con el objetivo de intentar evitar algunas contradicciones de difícil explicación y aplicación, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso decidió en el último momento tipificar penalmente el delito de conducción sin habilitación legal. La justificación de ello fue que «con la redacción del artículo se agrava la tenencia del permiso y se beneficia al que nunca lo ha tenido, no previendo la oportuna respuesta punitiva para este supuesto». Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, núm. 283-6, de 18 de septiembre de 2007, p. 18.

De esta manera, el 27 de junio de 2007 fue aprobada la Proposición de Ley con 296 votos a favor, 2 abstenciones y uno en contra; y el 1 de diciembre del mismo año era pública en el BOE la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modificaba el Código penal, en materia de seguridad vial.

(23) Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, op. cit., 2.<sup>a</sup> ed., pp. 314-315.

(24) Acerca de esa denominada expansión del Derecho penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, 2001, *passim*; TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, op. cit., pp. 18, 30-31; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «El delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de los efectos del alcohol», en *La Ley Penal*, n.º 19, 2016, pp. 3 y ss.

(25) Cfr. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: «La reforma de los delitos contra la seguridad vial», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 3, 2008, pp. 68-69.

(26) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial* (16.<sup>a</sup> ed.). Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 676.

Así las cosas, el artículo 384 CP quedaría redactado –a raíz de la LO de 2007– de la siguiente forma: «*El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.*

*Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción».*

En este sentido, con buen tino apunta Cardozo Pozo, en cuanto a la redacción del precepto, que «el legislador optó por concentrar en sólo un artículo, conductas de lo más variopintas, que encuentran su nexo de unión en la conducción sin permiso y su punto de divergencia en el motivo de dicha pérdida» (27); y como advierten González Cussac y Vidales Rodríguez, «se equipara a efectos penológicos el quebrantamiento de una resolución administrativa al quebrantamiento de una decisión judicial» (28).

Téngase en cuenta que, con anterioridad, la conducta basada en conducir tras ser privado judicialmente del permiso de conducir, era sancionada como un delito de quebrantamiento de condena tipificado en el artículo 468 CP. Sin embargo, con el objetivo de agilizar el proceso sancionador, pasan a configurarse en el artículo 384 tanto el «quebrantamiento» de una resolución judicial como el de una resolución administrativa (29).

En este sentido, la incorporación en el Código Penal del delito de conducción sin habilitación legal pareciera haber tenido en consideración la opinión de quienes entendían que la conducción sin permiso pudiera concebirse como generadora de un riesgo potencial para la seguridad vial. Así, la ausencia de control administrativo previo, donde se verifican un conjunto de conocimientos, competencias, facultades y condiciones psíquicas y físicas, representa un peligro

---

(27) Cfr. CARDOZO POZO, R. C.: «Bases de política criminal y protección penal de la seguridad vial». Tesis doctoral, Salamanca, 2009, p. 416.

(28) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La reforma del Código Penal...*, op. cit., p. 57.

(29) En este sentido, el Preámbulo de la LO 15/2007 indicaba que «(...) *Una criticada ausencia era la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo. Ciertamente que algunos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, pero no todos; por ello se ha considerado más ágil y preciso reunir todas esas situaciones posibles en un solo precepto sancionador*».



para la seguridad vial. A lo que hay que sumar, según los últimos autores señalados, «el deseo de reforzar la obtención del permiso o licencia al no hacer de peor condición al conductor que ha perdido todos los puntos por cometer diversas infracciones frente al que nunca se ha sometido a dicho control administrativo» (30).

En consecuencia, debe tenerse en cuenta que no todas las nuevas conductas delictivas incorporadas en el Código penal, en virtud de la LO 15/2007, entraron en vigor al mismo tiempo, ya que mientras la ley se promulgó el 2 de diciembre de 2007, el delito de conducir sin haber obtenido nunca el permiso o licencia de conducción no entraría en vigor hasta el 1 de mayo de 2008, período de «*vacatio legis*» que serviría para que la Dirección General de Tráfico advirtiera a los conductores acerca de la nueva figura delictiva, a sabiendas de que en aquella época existía un gran número de personas que procedían a la conducción sin habilitación legal (31).

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

Como ya apuntara Cuello Calón, la mayoría de los delitos recogidos en la Ley de 9 de mayo de 1950 y, en concreto, el delito de conducción sin habilitación legal, constituían delitos de peligro. De hecho, rezaba este autor que aquel texto legal tenía «como fin principal la protección de los peatones y viandantes contra la conducta peligrosa de los conductores de vehículos de motor (...) [aunque] aspira también al amparo de la seguridad de los conductores y ocupantes de dichos vehículos (...) [siendo, por tanto, los delitos recogidos en aquel] en su mayoría delitos de los denominados de peligro (32), deli-

---

(30) Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Últ. op. cit.*, p. 58; CARBONELL MATEU, J. C.: «La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial*. Madrid, Dykinson, 2007, pp. 385-406.

(31) La Disposición Final Tercera de la LO indicaba que «*la presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo el párrafo segundo del artículo 385 del Código Penal, recogido en el apartado octavo del artículo único de esta Ley, que entrará en vigor el 1 de mayo de 2008*».

(32) En este sentido, y refiriéndose a la categoría de delitos de peligro colectivo, *vid.*, entre otros, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 39-45; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Consideraciones sobre el delito del art. 340 Bis a) 1.º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, pp. 26 y ss.; CORCOY BIDA-

tos que no causan un daño directo y efectivo a bienes e intereses jurídicos, pero crean para ellos una situación de peligro» (33).

En este sentido, la STS de 4 de marzo de 1959 señalaba que «(...) se trata de un medio jurídico arbitrado para la defensa preventiva de la sociedad contra los peligros del conductor inepto (...). [El art. 3] ha de ser interpretado siempre dentro de la finalidad en que se inspira dicha Ley, dictada ante el peligro social que la utilización ilegítima de esos vehículos significa, por lo que la propia seguridad colectiva reclamó que tal infracción rebasara los límites gubernativos» (34).

Ciertamente, los delitos de peligro se conciben como aquellas infracciones penales cuyo centro de atención radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. Estos, a su vez, se pueden dividir en delitos de peligro concreto y abstracto. Estos últimos aparecen generalmente descritos como fórmulas de mera actividad y no de resultado en tanto al peligro. Por lo tanto, el riesgo generado se presume «por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos» (35).

Así, tras el concepto de los «delitos de peligro» se engloba una categoría de descripciones típicas que comprenden aquellas conductas punibles seleccionadas por el legislador en atención a que su ejecu-

---

SOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 142 y ss.; SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Granada, Comares, 2003, pp. 277-326; CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal...* op. cit., pp. 332-333. En relación a la categoría de delitos de peligro hipotético, vid., por todos, TORÍO LÓPEZ, A.: «Los delitos de peligro hipotético, contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 33, 1981, pp. 825-847; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas...*, op. cit., p. 183. Finalmente, y en relación con la categoría de delitos de peligro posible, vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Últ. op. cit.*, pp. 183-186; MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada, Comares, 2001, p. 327; GUIASOLA LERMA, C.: «Principio de Legalidad y Estructura de los Delitos de Peligro Abstracto. A propósito de la STC 42/199», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 7, 2002, pp. 53-54.

(33) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *Ley penal del automóvil: texto y comentarios a la Ley de 9 de mayo de 1950. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona. Bosch, 1950, pp. 20-23, 28. En el mismo sentido, vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «Don Eugenio Cuello Calón y los delitos de tráfico», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 3, 1963, p. 537.

(34) En la misma línea, vid., las SSTS de 2 de enero de 1954; de 20 de mayo de 1954; de 26 de noviembre de 1954; de 3 de diciembre de 1954; de 15 de febrero de 1957; de 20 de enero de 1959.

(35) Cfr. MALDONADO FUENTES, F.: «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "Delitos de Peligro" en el moderno Derecho Penal», en *Revista de Estudios de Justicia*, n.º 7, 2006, p. 23.

ción suponga la lesión del bien jurídico, a tenor de la puesta en peligro del mismo como de la producción del resultado jurídico (36).

Y es que en la Ley de 1950 el delito de conducción sin habilitación legal se comprendía como un delito formal (37) o de mera conducta, pues no se exigía la creación de ningún tipo de peligro o la obtención de resultado alguno, sino que, tal y como se desprende de la STS, de 1 de marzo de 1956, «(...) *el delito específico creado por el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, (...) se consuma tan pronto conduzca alguien algún vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello (...)*» (38).

Por otro lado, también se trataba de una norma penal en blanco, puesto que el artículo 3 de la Ley de 9 de mayo de 1950 sólo fijaba la sanción, debiéndose acudir a la normativa administrativa para obtener toda la información acerca de este delito, como era el Código de la Circulación y otras disposiciones adicionales (39). En dicho sentido, la doctrina del Tribunal Supremo ha mantenido, en virtud de la STS de 7 de febrero de 1959, que «*El tipo de conducción indebida de vehículos de motor integrado en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 tiene las características jurídicas de precepto en blanco por cuanto no determina las condiciones concretas de ilicitud, remitiéndose implícitamente a las normas administrativas de cada momento y caso, que son las llamadas a complementar las figuras delictivas (...) pues no se trata de una disposición de menor rango normativo que pretenda derogar una Ley penal, sino de un complemento de tipo absolutamente normal en esta clase de infracciones con naturaleza de ilicitud administrativa penalizada, que en nada interfiere la jerarquía*

(36) *Vid.*, al respecto, MALDONADO FUENTES, F.: *Últ. op. cit.*, p. 26.

(37) *Vid.* CASABÓ RUIZ, J. R.: «El delito de conducción sin habilitación legal», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*. Valencia, Artes Gráficas Soler, 1975, p. 47.

(38) En el mismo sentido, la STS, de 5 de mayo de 1958, expuso que «(...) *el delito de conducir un vehículo sin estar legalmente habilitado para ello, sancionado en el artículo 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 es meramente formal (...) [pues] lo que sanciona la Ley no es la falta de aptitud, sino la de habilitación legal*». Misma línea manifestada por las SSTs de 13 de octubre de 1958; de 20 de enero de 1959; y de 4 de febrero de 1959.

(39) En este sentido, Camargo Hernández señalaba que el legislador se basó para la configuración de este precepto «en un principio de economía legislativa, dado que la especial naturaleza de esta reglamentación impone un constante cambio, según las circunstancias (...) lo que está en contradicción con la natural fijeza y permanencia que debe tener una Ley penal». Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: «La Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor y algunos de sus principales problemas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 1, 1962, p. 32.

de las normas». También ha sido calificado este delito de «sanción complementaria» (STS de 10 de diciembre de 1955) y de «medida de seguridad» (SSTS de 29 de mayo de 1957 y de 10 de julio de 1958). No obstante, hasta la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958 no se le asignó con mayor determinación una naturaleza jurídica, que finalmente se catalogaría como «pena accesoria» (40).

Durante la vigencia de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, los delitos contra la seguridad del tráfico siguieron considerándose como delitos de peligro, pudiéndose encontrar dentro del Capítulo IV del Título XVII del CP tanto aquellos delitos de peligro concreto como los de peligro hipotético.

Tras la Reforma de 8 de abril de 1967, que vino a introducir el delito en el Código Penal, este vendría a constituir uno de los problemas más debatidos en la doctrina española. Un sector doctrinal minoritario opinaba que se trataba de un delito formal, pues no requería la creación de un peligro, sino tan solo el hecho de conducir sin licencia; mientras que otro sector señalaba la conducta tipificada en dicho precepto como un delito de peligro abstracto o presunto, así como un delito de desobediencia (41).

Una vez promulgada la LO 15/2007, de 30 de noviembre por la que se modificaba la LO 15/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de seguridad vial (42), el delito contemplado en el artículo 384 del CP pasó a considerarse como un delito formal de quebrantamiento que se consumaba en el mismo instante en el que se infringía la condena impuesta, sin necesidad de llevar a cabo una conducción peligrosa o antirreglamentaria (43). En este sentido, quizá el ordenamiento penal no debería adoptar la categoría de riesgo abstracto, sino tan solo la de peligro concreto, debiendo quedar aquella reservada para el ordenamiento administrativo (44).

---

(40) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *Ley penal del automóvil...*, op. cit., p. 28.

(41) Al respecto, *vid.*, por todos, CASABÓ RUIZ, J. R.: *El delito de conducción sin habilitación legal...*, op. cit., p. 35.

(42) *Vid.*, al respecto de un exhaustivo y brillante análisis de esta reforma enfocada con el artículo 384 CP, entre otros, TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, op. cit., pp. 315-440; GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384 del Código penal...*, op. cit., pp. 435-524.

(43) *Vid.*, al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La reforma del Código Penal...*, op. cit., p. 57; de los mismos: «Los nuevos delitos contra la seguridad vial», en VIDALES RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *Seguridad vial. Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 220.

(44) Al respecto, *vid.* CARMONA SALGADO, C.: «Delitos contra la seguridad del tráfico», en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid, Dykinson, 2005, p. 795; En el mismo sentido, con anterioridad, MORILLAS

Ciertamente, como se ha puesto de manifiesto, el delito constituyó y sigue constituyendo una norma penal en blanco (45) –y se configura como un delito meramente formal–, ya que para completar la regulación de la conducta típica (46) se debía acudir a normas administrativas (47), concretamente el Derecho administrativo sancionador, o el Reglamento General de Conductores de 30 de mayo de 1997 (RGC 1997, en adelante), entre otras. Y además, penalmente tiene una equivalencia sancionadora con respecto a otras conductas tales como la desobediencia a las distintas autoridades judiciales y administrativas (48). Puede advertirse que la naturaleza jurídica del mismo no ha evolucionado demasiado en este aspecto, sin embargo, vamos a reseñar algunas resoluciones judiciales que sí han resultado relevantes y son objeto de interés en la actualidad.

Así pues, el delito, en su modalidad relativa a la conducción practicada tras la pérdida de los puntos asignados legalmente, no resulta, según la reciente STS 715/2017, de 31 de octubre de 2017, «una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino [que estamos] ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante acciones, que suponen la creación de un riesgo, aunque de características abstractas o presuntas y no concretas, para la seguridad vial. (...) El delito no requiere la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial. Se presume el riesgo al presumirse en el acusado, en virtud de previsiones administrativas fundadas en la reiteración de infracciones, una falta de aptitud deducida normativamente de su habitualidad en el desprecio de normas de tráfico esenciales y propensión arraigada a vulnerar las reglas de la circulación viaria.

Por otro lado, y respecto a la modalidad delictiva actual consistente en proceder a la conducción tras ser privado judicialmente del

---

CUEVA, L./SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: «El delito de conducción temeraria en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, p. 565.

(45) La técnica de la ley penal en blanco, que se emplea para múltiples tipos delictivos en el Código Penal, no pocas veces, como en el presente caso, puede generar situaciones anómalas en la aplicación del tipo. *Vid.*, por todos, TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 401 y ss.

(46) Acerca de un análisis exhaustivo relativo a los elementos típicos comunes en el delito de conducción sin permiso, *vid.* TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, pp. 381 y ss.

(47) *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: *La reforma de los delitos...*, *op. cit.*, p. 68; CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal...*, *op. cit.*, p. 418.

(48) *Vid.* TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, pp. 352 y 356, quien afirma que el delito de conducción sin permiso en dos de sus modalidades constituye una desobediencia a las autoridades judicial y administrativa.

permiso de conducir, la STS 803/2013, de 31 de octubre, señala que nos encontramos «(...) ante un delito contra la seguridad vial construido sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria que el legislador quiere erradicar mediante una norma penal. (...) Se atribuye al tipo penal la naturaleza de un quebrantamiento especial, de desobediencia, de delito formal».

Haciendo referencia, por último, al delito de conducción sin haber obtenido previamente el permiso correspondiente –delito sobre el que existe mayor número de pronunciamientos jurisprudenciales–, la SAP Madrid 170/2014, de 24 de febrero, ha señalado que «(...) nos encontramos ante un tipo penal que sanciona conductas de muy distinta índole: unas con un fuerte contenido de desobediencia, ya sea a la autoridad judicial o a la autoridad administrativa y otras, la conducción sin permiso, que en última instancia pretenden salvaguardar el orden administrativo, pues de alguna manera el presente delito constituye un delito formal cuya ratio legis se encuentra, señaladamente, en la rebeldía y desobediencia del sujeto frente al mandato legal que exige la obtención de un permiso para el ejercicio de la actividad de conducir, si bien, y aunque predomine su configuración como tipo formal que tutela un orden administrativo y que incorpora un fuerte componente de desobediencia, ello no obsta para que pueda considerarse que también se está protegiendo la seguridad vial y, en definitiva, la vida y la integridad de las personas, pues la obligación de obtener un permiso para poder conducir un vehículo impuesta por la normativa administrativa, no es un capricho del legislador, sino que parte de la constatación de que conducir es una actividad peligrosa que genera riesgos y que, por tanto, ha de estar reglada, habiendo realizado ya el legislador el juicio de peligrosidad de la conducta de conducir sin haber obtenido el mencionado permiso y no correspondiendo, por tanto, al juzgador, decidir si conducir sin permiso es peligroso o no. (...) Atendido todo ello, entendemos que el tipo penal previsto en el artículo 384, párrafo 2.º, inciso final, es un delito de riesgo o peligro abstracto (49) y no de resultado, pero al mismo

---

(49) Al respecto, afirma García del Blanco que «Si realmente nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, una persona que, a pesar de conducir sin permiso, lo haga de forma adecuada demostrando los conocimientos y habilidades que se requieren para ello, no puede ser sancionada penalmente simplemente por haber incumplido una normativa administrativa». Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384 del Código penal...*, op. cit., p. 500. Distinto es que la conducta reprochada

*tiempo formal o de mera actividad que se comete por el mero hecho de conducir sin haber obtenido el permiso (...)» (50).*

En definitiva, podemos afirmar que nos encontramos ante un delito cuya naturaleza jurídica es la de un delito de peligro abstracto que no exige que se haya puesto en peligro de forma concreta ninguno de los bienes jurídicos cuya tipificación trata de proteger, siendo al mismo tiempo un delito de mera actividad que se comete por el solo hecho de conducir sin haber obtenido el permiso.

### 3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Inicialmente, con la Ley de 9 de mayo de 1950 se pretendió proteger la seguridad del tráfico de manera genérica, y la vida e integridad de las personas, de forma particular. De este modo, Cuello Calón (51) señalaba que el objetivo de esta norma era la protección de los peatones o viandantes contra la conducta peligrosa de los conductores de vehículos de motor. En este sentido, cierto sector jurisprudencial se inclinaba sobre la idea de que el bien jurídico protegido de los delitos contra la seguridad del tráfico era la seguridad colectiva (52).

Con la promulgación de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, los bienes jurídicos protegidos propios de los delitos contra la seguridad del tráfico seguían integrados por la seguridad del tráfico y los intereses que intervenían en aquel, en base a la rúbrica del Capítulo IV del Código Penal, «*De los delitos contra la seguridad del tráfico*». Sin embargo, si observamos la rúbrica del Título XVII, «*Delitos contra la seguridad colectiva*», comprobamos que es ahí donde se encuentra recogida esta categoría

---

penalmente consista en el uso de un vehículo a motor o ciclomotor sin haber superado los requisitos formales para su obtención, suponiendo que tal conducta es generadora de un riesgo para la seguridad vial, pero un riesgo potencial, lo cual no es del todo compatible con el principio de mínima intervención del Derecho penal.

(50) En la misma línea, véanse las siguientes sentencias: SAP de Sevilla 552/2016, de 19 de diciembre de 2016; STS, 26 de abril de 2017; STS 588/2017, de 20 de julio de 2017; STS 647/2017, de 3 de octubre de 2017.

(51) Vid. CUELLO CALÓN, E.: *Ley penal del automóvil...*, op. cit., p. 21.

(52) Téngase en cuenta que la STS de 2 de enero de 1954 señalaba que «*la Ley de 9 de mayo de 1950 al tipificar como delito las infracciones sobre el uso y circulación de vehículos de motor que en la misma se detallan, lo hace en aras de la seguridad colectiva cuya salvaguarda impone la necesidad de sancionar adecuadamente tanto el uso imprudente de dichos vehículos que puedan determinar un peligro social, como también su utilización ilegítima (...)*». En el mismo sentido, entre otras, vid., las SSTs de 20 de mayo, 26 de noviembre o 3 de diciembre de 1954.

de delitos, por lo que podía pensarse con buen criterio que el bien jurídico protegido era la seguridad colectiva.

Ciertamente, señala De Vicente Martínez que «La denominación «seguridad colectiva» es sólo una alusión a una necesidad de protección percibida por el legislador a partir del hecho inevitable de la aceptación de la llamada «sociedad de riesgo (53)», como medio en que se desarrolla nuestra vida colectiva y que ha llevado al legislador a la creación de nuevos bienes jurídicos universales o colectivos». Así pues, podemos entender por seguridad colectiva el conjunto de condiciones cuyo cumplimiento asegura la expectativa especial de que no se incrementará el riesgo para los bienes personales o colectivos que se ven implicados en algunas actividades peligrosas más allá de lo que está permitido, de lo que se infiere que la protección de tal bien jurídico implica la consecuente protección de bienes jurídicos individuales que justifican la intervención penal.

Y es que una prohibición jurídico-penal sólo estará justificada cuando proteja un interés humano o social que pueda ser calificado como bien jurídico (54), entendiendo por tal aquel presupuesto que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social (55).

Por lo tanto, puede afirmarse que hasta la reforma de 2007 podía sostenerse que el bien jurídico protegido de esta clase de delitos era la seguridad colectiva y/o la seguridad del tráfico, tomando estos bienes como intermediarios para la final protección de bienes jurídicos particulares, como son la vida e integridad de las personas (56). En cambio, para cierto sector doctrinal, además de dichos bienes particulares

---

(53) Al respecto, *vid.* MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001, pp. 68 y ss.

(54) *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación... op. cit.*, 1.ª ed., p. 183. En el mismo sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 59. Acerca de los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la seguridad vial, *vid.*, entre otros, PRIETO GONZÁLEZ, H. M.ª: «Aspectos comunes a los delitos contra la seguridad vial», en VV. AA: *La dogmática penal sobre el asfalto: un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial*. Granada, Comares, 2012, pp. 11-18; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Sobre el bien o los bienes jurídicos protegidos de los artículos 379.2 (inciso primero) y 383 del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 25, 2016, pp. 18 y ss.

(55) *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Últ. op. cit.*, 1.ª ed., p. 183. En el mismo sentido, *vid.* MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal... op. cit.*, p. 59.

(56) *Vid.*, entre otros, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S.: *La reforma penal de 1989*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, p. 59; MARTÍN UCLÉS, F.: *Aspectos jurídicos policiales de la alcoholemia*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 25; LERMA GALLEGO, I.: «Delitos de tráfico y prevención general», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 54, 1994, p. 161.



referidos, se incluían también bienes materiales o patrimoniales como bienes jurídicos protegidos (57). Quizá por ello, en este sentido, la SAP de Asturias, de 7 de octubre de 2004, llegó a apuntar que «*los delitos contra la seguridad del tráfico son delitos de peligro, por lo tanto no describen una única situación o hecho determinante de este peligro sino la referencia a que el mismo afecte a una colectividad indeterminada de personas, respondiendo la creación de los tipos penales a una opción del legislador de adelantar las barreras de protección de bienes jurídicos como es la seguridad del tráfico que en el fondo revelan esta idea de proteger la vida, la integridad o el patrimonio de las personas. Partiendo de la definición del bien jurídico protegido como es la seguridad del tráfico, no debe olvidarse que lo protegido en última instancia es la vida, la salud o el patrimonio de las personas, respecto a los cuáles la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental*» (58).

Un giro copernicano tuvo lugar, como se ha indicado, tras la reforma llevada a cabo por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modificaba en materia de seguridad vial la LO 15/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. A partir de entonces, el Título XVII agrupa delitos que, a diferencia de lo que es frecuente en el texto punitivo, no tienen en común un bien jurídico protegido de naturaleza homogénea, si bien, todos esos delitos tienen en común que afectan a la seguridad colectiva (59). En este sentido, el bien jurídico protegido en este delito se ha podido relacionar con el delito de desobediencia (60) –bien sea autoridad judicial, bien autoridad administrativa–; también con un peligro abstracto (61) para la seguridad vial; con una construc-

---

(57) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Consideraciones sobre el delito...*, op. cit., p. 26; GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 26; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada, Comares, 2006, p. 33; CERESO MIR, J.: *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid, Tecnos, 1982, p. 277.

(58) Con anterioridad, la SAP Madrid, de 18 de febrero de 1995, señalaba que dicho bien jurídico se encontraba «(...) configurado por el mantenimiento de las condiciones necesarias para que la circulación de vehículos de motor no entrañe un riesgo para la seguridad de todos los intervinientes en el mismo (...)». En la misma línea, vid., las STS 14 de noviembre de 1978 y STC 2/2003, de 16 de enero de 2003.

(59) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, op. cit., 2.<sup>a</sup> ed., p. 317.

(60) Vid., por todos, BERISTAIN IPIÑA, A.: «El delito de peligro por conducción temeraria», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1970, pp. 21 y ss.

(61) Vid. CUELLO CALÓN, E.: «La delincuencia automovilística y su represión», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1955, pp. 271 y ss.; CASABÓ RUIZ, J. R.: *El delito de conducción sin habilitación legal...*, op. cit., pp. 33 y ss.;

ción exclusivamente formal que tutela un determinado orden administrativo (62); e incluso con un cariz de protección pluriofensiva (63).

Vemos cómo se parte de la premisa de que el bien jurídico protegido es la seguridad colectiva; o bien jurídico intermediario para la final protección de bienes individuales, como lo son la vida e integridad de las personas (64), lo que podría convertirle en un tipo penal mixto –*tutela en cierto modo el derecho administrativo*– que tiene una dosis protectora de la desobediencia generada por el conductor, compatible con la protección de la seguridad vial, que a su vez persigue la protección de la vida e integridad de las personas.

La nueva rúbrica del Capítulo IV, que pasó a denominarse «*De los delitos contra la seguridad vial*», provocó que un sector mayoritario, tanto doctrinal (65) como jurisprudencial (66), considerasen la seguri-

CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro...*, op. cit., pp. 142 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C.: *La reforma del tratamiento penal...*, op. cit., p. 402.

(62) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., 1967, pp. 542-543; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, op. cit., p. 267.

(63) Vid. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384 del Código penal...*, op. cit., pp. 449 y ss.

(64) Al respecto, vid. CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal...*, op. cit., p. 421.

(65) En este sentido, vid., entre otros, MORILLAS CUEVA, L./SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: *El delito de conducción temeraria...*, op. cit., p. 564. Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, op. cit., 2.<sup>a</sup> ed., p. 324; GONZÁLEZ RUS, J. J.: «El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º X, 1988, p. 54.

(66) En este sentido, la SAP Asturias, de 7 de octubre de 2004, sostenía que «*Los delitos contra la seguridad del tráfico son delitos de peligro (...) [cuyo bien jurídico protegido] es la seguridad del tráfico, [aunque] no debe olvidarse que lo protegido en última instancia es la vida, la salud o el patrimonio de las personas, respecto a los cuáles la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental*». Igualmente, la STS 335/2016, de 21 de abril de 2016, apunta que «*(...) El tipo obedece a la idea de preservar el bien jurídico protegido, la seguridad vial, frente a todos aquellos que se aventuran a pilotar un vehículo de motor sin haber obtenido un permiso, precisamente por el plus de peligrosidad que entraña para el resto de los usuarios de las vías públicas la conducción de vehículos por quienes no hayan acreditado una mínima aptitud para su manejo. Se protege, así pues, no tanto el control por parte de la Administración Española de las habilitaciones para conducir, como el bien jurídico «seguridad vial» que sólo se puede presumir puesto en peligro cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad. (...)*». En el mismo sentido, la reciente STS 647/2017, de 3 de octubre de 2017, ha señalado que «*El art. 384 del C. Penal se halla integrado en el capítulo IV del Título XVII del Libro II del C. Penal, bajo la rúbrica de «los delitos contra la seguridad vial» Este enunciado ya proporciona un criterio de interpretación sobre la finalidad de la norma, pues el bien jurídico prote-*

dad vial como el bien jurídico protegido de estos delitos, siendo el bien jurídico protegido, en definitiva, la seguridad en el tráfico rodado y, por extensión, la vida e integridad física de los usuarios (67). Así, para De Vicente Martínez, «en definitiva (...) la seguridad del tráfico es, por una parte (...) un aspecto fundamental de la seguridad colectiva; por otra, (...) una forma mediata de proteger bienes jurídicos individuales cuya importancia justifica que la intervención penal se anticipe y actúe en el ámbito de la circulación, aunque todavía no se haya producido un peligro concreto para los mismos».

Por su parte, la SAP Barcelona 66/2016, de 29 de enero, ha señalado que «(...) la dicción de la norma no permite hablar de un delito de desobediencia sino de un delito contra la seguridad vial. Ello significa que el precepto castiga al conductor porque ha evidenciado un comportamiento peligroso para el tráfico viario según se habría constatado a través de las infracciones en que ha incurrido y debido a las cuales ha perdido los puntos asignados legalmente. El tipo penal tiene, pues, la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsibles para el tráfico viario atribuibles a la conducta de quien, debido al número de sanciones, ha mostrado su peligrosidad para los bienes jurídicos que tutela la norma penal. Estos bienes son la seguridad del tráfico como bien intermedio directamente afectado, y como bienes indirecta o mediatamente tutelables la vida y la integridad física de los sujetos que pudieran resultar perjudicados por la conducción peligrosa. No estamos, en consecuencia, ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino que el tipo penal del art. 384, párrafo primero, tutela bienes jurídicos personales a través de la protección de la seguridad del tráfico» (68).

---

gido es la seguridad vial (...)». Así mismo, entre otras, *vid.*, las SSTS de 19 de mayo de 1982, de 22 de febrero de 1991 y de 25 de abril de 1970; STC 2/2003, de 16 enero 2003; SSAP Madrid de 29 noviembre 2002, de 28 febrero 1995 y de 24 septiembre 2003; SAP Castellón de 19 diciembre 1998; SAP de Valencia 12 marzo 2003.

(67) En esta línea, *vid.*, la SAP Almería 153/2016, de 9 de marzo.

(68) De similar modo, la SAP de Las Palmas 199/2015, de 24 de septiembre de 2015 señaló que «(...) se ha de tener en cuenta que el bien jurídico protegido en la modalidad delictiva del artículo 384-1.º no es sólo la protección del orden administrativo y, más concretamente, proporcionar cobertura penal a la Ley 17/2005 que regula el permiso por puntos, sino que desde el punto y hora que la pérdida total de los puntos asignados solo se consigue a través de la reiteración infractora (razón por la cual podría hablarse entonces de que esta conducta constituye una especie de tipificación de reincidencia administrativa), claro es que el sujeto ha realizado un sucesivo actuar circulatorio que totalmente ha evaporado la inicial confianza que se le otorgó al entrar en posesión del permiso de conducir (y la totalidad de los puntos asignados); pérdida de confianza que incide en la seguridad vial, y por ende en la

En definitiva, la intención legislativa no ha sido otra que la de introducir un tipo meramente formal para sobreproteger el ordenamiento administrativo en materia de seguridad vial, reforzándose así el tipo de amenaza para los casos de infracciones, de manera que el tipo básico se perfecciona con la constatación de los requisitos formales, contagiando al Derecho penal los elementos de la tipificación administrativa (69), e introduciendo en el Derecho penal presunciones difícilmente compatibles con sus propios principios limitadores (70), no resultando, en puridad, una técnica admisible en el ordenamiento penal, el cual debería quedar reservado, exclusivamente, para proteger determinados intereses esenciales en aras de garantizar la convivencia pacífica frente a los infractores que lesionan o ponen en peligro gravemente un concreto bien jurídico (71).

Y es que se ha generado una presunción *iuris et de iure* (72) de que aquellos conductores que no tienen permiso o licencia administra-

---

*vida e integridad de las personas, por cuanto es innecesario extenderse en la cotidiana constatación de que conducir es una actividad peligrosa que genera riesgos». Asimismo, la SAP Burgos, de 12 de febrero de 2014, refería que «el interés jurídico tutelado en el artículo 384 del Código Penal, como se comprueba por su ubicación entre los delitos contra la Seguridad Vial, es el intento de dar respuesta a la preocupación social que generan los comportamientos infractores de las normas de circulación, intensificando la persecución penal de dichas conductas; por lo que ese bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico rodado, y por extensión, la vida e integridad física de los usuarios de la vía, que pueden surgir en cualquier momento si la vía está abierta al tráfico, y que evidentemente se pondrá en peligro por quien maneja un vehículo a motor sin tener aún la suficiente pericia para ello, acreditada y justificada mediante la expedición del permiso correspondiente».*

(69) Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: «Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo»: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en VV. AA.: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid, Colex, 2006, pp. 136-176.

(70) Acerca de los principios limitadores del *ius puniendi*, vid. TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss. Concretamente, sobre el principio de lesividad, pp. 321 y ss.; principio de proporcionalidad, pp. 351 y ss.; principio de intervención mínima, pp. 366 y ss. Respecto del principio de lesividad, indica Trapero Barreales que el análisis de los principios limitadores del *ius puniendi* es importante si tenemos en cuenta una serie de cuestiones tales como: «¿se lesiona o pone en peligro algún bien jurídico penalmente relevante con la conducta de conducción sin permiso?; ¿se trata de una afectación grave de dicho bien jurídico?; ¿en todas las modalidades de conducción sin permiso se lesiona o pone en peligro el mismo bien jurídico?».

(71) Vid. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384...*, *op. cit.*, p. 455.

(72) En palabras de Trapero Barreales, «en definitiva, la conexión entre el delito de conducción sin permiso y la seguridad vial y/o vida e integridad personales como bienes jurídicos protegidos, a falta de una mención expresa en el precepto que lo describe, sólo puede establecerse, o a través de la presunción (*iuris tantum* o, lo

tiva en vigor realizan una conducción que automáticamente crea un peligro notorio para la seguridad vial. Si bien es cierto, esto no resulta del todo correcto, pues no queda demostrado empíricamente que exista una relación causal entre accidentalidad y ausencia de permiso o licencia del conductor. Tanto es así que, ya se cuestionaba Octavio de Toledo y Ubieto que si «de verdad nos garantiza el examen que sea más diestro y que conozca más el peor de los que obtienen el permiso de conducir que el mejor de los que sin permiso de conducen» (73). Cabe afirmar que el artículo 384 CP no hace referencia alguna, en su descripción típica, al peligro y clase de conducción que debe realizar un individuo para que la conducta pueda encajarse en el tipo con claridad, de manera que aparentemente cualquier forma de conducción, lamentablemente, será típica.

En este sentido, sería fácilmente «deducible» que el conductor que nunca ha obtenido el permiso o licencia para conducir no tendrá los conocimientos, capacidades y habilidades necesarios para realizar tal actividad dentro de los niveles de riesgo permitido y, si procede a realizar la conducción lo hará poniendo en grave peligro a los demás usuarios. Lo mismo sucede respecto de quien ha perdido todos los puntos asignados legalmente, y de la privación del permiso o licencia por decisión judicial cuando esta ha tenido lugar tras la comisión de un delito contra la seguridad vial, tras haberse puesto de manifiesto una conducción peligrosa que evidencia la ausencia de conocimientos, capacidades y habilidades exigidas para realizar una conducción adecuada. Como digo, sería «intuible» que cualquier conducción posterior a alguna de estas circunstancias indicadas, sería catalogada como peligrosa.

El Tribunal Supremo se manifestó, a tenor de la STS 282/2005, de 4 de marzo, anunciando que «*el permiso de conducir en sus distintas modalidades, es un requisito administrativo necesario para manejar legalmente un vehículo por las vías públicas. Quien lo obtiene debe presumirse que ha demostrado ante los funcionarios competentes una mínima pericia en el manejo del vehículo del que se trate, según las pautas administrativamente establecidas para el examen. Sin embargo, por sí mismo no es demostrativo para todo caso de una*

---

más censurable aún si cabe, *iuris et de iure*) de peligrosidad de esta conducta, basando la presunción en el dato de que el conductor carece del permiso o licencia para realizar esta actividad, o a través de su planteamiento como la *ratio legis* o el motivo de incriminación de la conducción sin permiso o licencia de conducción». Cfr. TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, pp. 335 y 336.

(73) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E.: «Debate», en VV. AA.: *Derecho Penal y Seguridad Vial*. Pamplona, Aranzadi, 2007, p. 175.

*absoluta pericia del conducir, como tampoco el hecho de no haberlo obtenido lo es de una absoluta impericia. Es claro que alguien sin permiso de conducir, por las razones que sean, no es necesariamente un conductor sin la pericia suficiente para el manejo de un concreto vehículo o clase de vehículo».* Por lo tanto, vemos que la jurisprudencia no siempre valora la ausencia de autorización administrativa para conducir como un dato relevante en sí mismo.

Ciertamente, podemos aportar algunas objeciones (74) al respecto, y ello porque, en primer lugar, la descripción típica del delito no hace referencia alguna a que tal conducción deba de realizarse poniendo en peligro al resto de usuarios. Pero es que además, «carecer del permiso o licencia de conducción no significa necesariamente que el conductor carezca de los conocimientos, capacidades y habilidades necesarios para realizar una conducción segura, dentro de los límites del riesgo permitido» (75). Ciertamente, un conductor que nunca ha obtenido un permiso, si no conoce las normas del tráfico viario ni el funcionamiento general de un vehículo, seguramente no haya adquirido o desarrollado las habilidades y capacidades que poníamos de manifiesto con anterioridad, pero debe tenerse en cuenta que según transcurra el tiempo, y el conductor adquiera experiencia, el peligro emergente irá disminuyendo ya que las habilidades propias de la conducción se pueden ir desarrollando paulatinamente a través de su puesta en práctica. Cuestión distinta es la adquisición de conocimientos, que no la práctica, habida cuenta de que si un individuo desconoce el sentido y significado de las normas viales y la señalización de las mismas, difícilmente pueda perfeccionar y dominar tales conocimientos. Empero, podría ocurrir que dicho sujeto procediera a realizar dicho aprendizaje, desarrollando los conocimientos específicos en materia de seguridad vial, sin que por esta razón adquiera u obtenga el permiso o licencia de conducción. Al fin y al cabo, se trata de superar un examen –*verificación formal*– y abonar una tasas concretas para su expedición, que no determina, *per se*, que una persona tenga más conocimientos que otra, sino simplemente tener la autorización para proceder a la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor.

Por lo expuesto podemos plantear, así mismo, el siguiente interrogante: ¿realmente era necesario penalmente tipificar la conducta relativa a la conducción sin haber obtenido nunca un permiso para proteger

---

(74) *Vid.*, al respecto, ampliamente, TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, pp. 326 y ss.

(75) Cfr. TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, p. 327.

a la seguridad vial? (76) Esto podría tener sentido si los estudios empíricos (77) sobre siniestralidad denotasen sin ningún género de duda que existe un porcentaje lo suficientemente elevado –*en relación con el resto de infractores viales*– como para considerar que tales cifras han sido generadas como consecuencia de la existencia de conductores que realizan la maniobra de la conducción en alguna de las modalidades contempladas en el artículo 384 CP, esto es, por no haber obtenido nunca el permiso o licencia, por haberlo perdido tras la pérdida de todos los puntos asignados legalmente, o por haber resultado privado del permiso por una autoridad judicial. Y por otro lado, ¿son las distintas modalidades que contempla el artículo 384 CP en relación al permiso de conducción las más peligrosas y lesivas para el bien jurídico protegido?

Estas y otras cuestiones van a ser analizadas en las páginas que siguen a continuación.

#### 4. CONDUCTAS TÍPICAS

##### 4.1. Cuestiones previas

El artículo 384 CP regula y contempla las distintas modalidades delictivas del delito (78) que analizamos en el presente estudio, y vislumbra la respuesta penal diseñada por el legislador ante tales infracciones. En este sentido, la primera conducta reprochable consiste en la conducción realizada tras la pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente. Al respecto, el

---

(76) Y más concretamente, plantea Trapero Barreales el interrogante de si debería tener consecuencias esta conducta en el tratamiento de las otras dos modalidades propias del delito de conducción sin permiso. *Vid.* TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, p. 348.

(77) Cano Campos, en relación a la conducción sin permiso por no haberlo obtenido nunca, considera que la despenalización que tuvo lugar en 1983 implicó un incremento importante del número de accidentes en los que se encontraban implicados esta clase de conductores. *Vid.* CANO CAMPOS, T.: «Derecho penal y seguridad vial», en VV. AA.: *Derecho penal y seguridad vial*. Navarra, Aranzadi, 2007, p. 79.

(78) En este sentido, sobre las modalidades delictivas del art. 384 CP, *vid.*, de forma amplia, MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, *op. cit.*, pp. 251-282; TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 394 y ss.; GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384 del Código penal...*, *op. cit.*, pp. 440 y ss., y en relación a un análisis exhaustivo de las distintas conductas típicas, pp. 458 y ss.

Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto del CP señalaba que su finalidad no era otra que la de «*resucitar aunque con otra configuración, el anterior delito de conducción ilegal del artículo 340 bis c) del CP de 1973. La tipificación de estas conductas surge al hilo de la Ley 19.9.2005 reguladora del llamado carné por puntos, con la pretensión de reforzar la eficacia de la nueva normativa administrativa mediante la sanción penal de la conducción habiendo quedado sin vigencia el permiso de conducir por la pérdida de puntos*». Así mismo, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007 indicó que «*se penalizan ex novo las conducciones con privaciones, suspensiones o retiradas administrativas que viene a dar tutela penal a la eficacia de la ley de 19 de julio de 2005 reguladora del carné por puntos*» (79).

Respecto a la segunda conducta que sanciona el artículo 384 del CP, consiste en la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial, que hasta la reforma de 2007 esta conducta se entendía comprendida en el delito de quebrantamiento de condena recogido en el artículo 468 del CP. Señala, en este sentido, Cardozo Pozo, que su incorporación en el artículo 384 se encontraba motivada por los problemas que se planteaban en relación al artículo 468, delito de quebrantamiento de condena, «de modo que, lo que antes podía ser objeto de persecución penal por quebrantamiento de condena o desobediencia, ahora queda regulado en un solo precepto», cuyo objetivo era agilizar «la represión de estas conductas» (80).

El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, en el Informe del Anteproyecto de la reforma del CP señalaba que «*En caso de quebrantarse una resolución judicial la nueva norma integra un tipo especial cualificado respecto del delito de quebrantamiento del artículo 468 del Código penal, resultando de preferente aplicación en virtud de la primera regla concursal del artículo 8 del Código penal. (...) Con ello parece referirse a que la anterior pena de multa prevista en el artículo 468 o las correspondientes sanciones administrativas de la legislación de tráfico no tienen efecto disuasorio sobre estas conductas, diagnóstico con el que necesario coincidir reputando, por tanto, muy oportuna la introducción del nuevo precepto*».

En el mismo sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007 manifestaba que «*el artículo 468 ya contemplaba el quebrantamiento de la medida cautelar o sentencia que privaba del permiso, si bien como señalan las Memorias de las Fiscalías de*

---

(79) Cfr. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2007, p. 542.

(80) Cfr. CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal...*, op. cit., p. 422.



*éste y años anteriores se trataba de una sanción no disuasoria, la multa, que no frenaba los frecuentes quebrantamientos. La inclusión en el precepto del Proyecto implica una mayor penalidad, ahora con prisión de 3 a 6 meses o multa y trabajos en beneficio de la comunidad» (81).*

Por otro lado, si atendemos a los distintos supuestos (82) que pueden tener lugar en relación con la conducción sin contar con la preceptiva autorización administrativa, podemos esgrimir los siguientes: haber perdido la vigencia del permiso como consecuencia de la pérdida de todos los puntos asignados legalmente; privación del permiso por decisión judicial (juez de lo penal o de lo contencioso administrativo); medida cautelar de privación del permiso impuesta judicialmente; conducir sin permiso por no haberlo obtenido nunca; el conductor únicamente ha obtenido una licencia de conducción pero conduce vehículos o ciclomotores que requieren la posesión de un permiso, o viceversa; haber perdido la vigencia del permiso como consecuencia de la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades y aptitudes psicofísicas por parte del conductor; declaración de lesividad o nulidad del permiso, en virtud de la cual este pierde su vigencia y validez; suspensión cautelar del permiso en el procedimiento de declaración de nulidad o lesividad y pérdida de vigencia de la autorización administrativa; haber obtenido un permiso de conducir pero el conductor circula con vehículos o ciclomotores que no se corresponden con el tipo de vehículo o ciclomotor para el que está autorizado; cuando se posee un permiso que no se adapta a la legislación administrativa vigente; el permiso se encuentra caducado; y la suspensión del permiso como consecuencia de la aplicación de la ley sobre protección de la seguridad ciudadana.

Pues bien, centrándonos e introduciendo en este momento el contexto penal, resulta relevante indicar que el principio de territorialidad, por el cual el ejercicio del *ius puniendi* resulta de aplicación en el territorio en el que el Estado ejerce su soberanía, es invocado por el Código Civil cuando este establece que «*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*» (83), y además, «*en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y*

---

(81) Cfr. *Memoria de la Fiscalía...*, *op. cit.*, p. 542.

(82) *Vid.*, ampliamente, TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

(83) Cfr. Artículo 8.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.

*faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte» (84).*

De este modo, en el Código Penal no existe una referencia delimitadora espacial en el ámbito de aplicación de las normas penales, haciendo únicamente referencia al principio de territorialidad, cuestión que sí que se aborda en el contexto administrativo cuando tanto en el TRLTC y en el RGC se acota el ámbito de aplicación de las normas viales, pudiendo generarse problemas interpretativos con situaciones tales como la conducción por terrenos o vías privados o la conducción en competiciones deportivas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina toma como referencia el ámbito de aplicación que se recoge en el contexto administrativo al objeto de interpretar la aplicación del tipo penal del artículo 384 CP, matizando que así se desmarca «del concepto de vías o terrenos públicos recogido en la normativa administrativa de tráfico y simultáneamente neutralizando los riesgos que conlleva la subordinación automática de los tipos penales a la norma administrativa» (85). Esta postura podría tener su debida justificación, en palabras de Vargas Cabrera, en el hecho de que «la normativa administrativa es de aplicación en vías no autorizadas o aptas para el tráfico rodado, por lo que ha de tratarse de vías o terrenos de uso común o caso de ser privadas de una colectividad indeterminada de personas, pudiendo ser ampliado al resto de supuestos desde la perspectiva del bien jurídico protegido ante el riesgo para los bienes personales del resto de los usuarios protegidos en el tipo» (86).

Por tanto, a la hora de delimitar el ámbito espacial de aplicación del tipo penal objeto de estudio se seguirá como criterio el riesgo que se genera para la vida o integridad ajena de las personas con independencia de la naturaleza pública o privada de los terrenos en los cuales se desarrolle la acción (87).

---

(84) Cfr. AGÜERO RAMÓN-LLÍN, E.: «Aspectos comunes a los delitos contra la seguridad vial», en VV. AA.: *La dogmática penal sobre el asfalto*. Granada, Comares, 2012. p. 36.

(85) Vid. AGÜERO RAMÓN-LLÍN, E.: *Últ. op. y loc. cit.*

(86) Vid. VARGAS CABRERA, B.: «El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 114, 2007, pp. 119-190.

(87) Vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.ª: «Dos años tras la reforma penal. Cuestiones comunes sobre los delitos contra la seguridad vial», en *Tráfico y Seguridad Vial*, n.º 136. 2010, pp. 13-26.

#### 4.2 La resolución administrativa relativa a la pérdida de vigencia del permiso o licencia para conducir, como consecuencia de la pérdida total de los puntos asignados legalmente: la notificación al conductor y la declaración de firmeza de la resolución

Para que se perfeccione el delito es necesario que el tipo penal sea ejecutado de manera dolosa (88), es decir, con pleno conocimiento por parte del sujeto activo de que ha recaído una resolución administrativa en firme por la cual se ha declarado la pérdida de vigencia del crédito de puntos legalmente asignados para conducir vehículos a motor o ciclomotores y, a sabiendas, ejercita la acción de conducir. Dicho de otro modo, habrá que acreditar que la autorización administrativa para conducir ha perdido su vigencia por la pérdida total de puntos y, además, que el sujeto tenga cabal conocimiento (89) de que su permiso o licencia carece de vigencia por esta misma circunstancia (90).

Pues bien, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, la tipificación penal del artículo 384 se configura como una norma penal en blanco, esto es, que necesita de complemento por otra norma específica —*en este caso de carácter administrativo*— para determinar la existencia o no de una relación causal de los elementos propios del tipo penal. Si nos dirigimos al TRLTC, se advierte que «*la Administración declarará la pérdida de vigencia de la autorización para conducir cuando su titular haya perdido la totalidad de los puntos asignados, como consecuencia de la aplicación del baremo recogido en el Anexo II y IV*» (91).

En esta línea, hay que tener en cuenta que quedarse con cero puntos no supone de forma automática no poder conducir. Para que esto suceda será necesario que se haya tramitado y resuelto el procedimiento administrativo relativo a la pérdida de vigencia del permiso o licencia administrativa para conducir. Así mismo, cuando el conductor

---

(88) Al respecto, la SAP de Girona, 270/2011, de 23 de mayo, expuso que «*el delito analizado, requiere de comisión dolosa, es decir, que el imputado tuviera o pudiera tener un conocimiento cabal de la existencia de una pérdida de la vigencia de su autorización administrativa para conducir*».

(89) Al respecto, *vid.* SAP de Girona, 270/2011, de 23 de mayo; SAP de Albacete 108/2011, de 14 de abril; SAP de Navarra 172/2010, de 18 de noviembre.

(90) *Vid.* LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: «Algunas cuestiones discutidas en el delito de conducción punible del art. 384 del Código Penal», en VV. AA.: *La dogmática penal sobre el asfalto: un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial*. Granada, Comares, 2012, p. 188.

(91) Cfr. Artículo 71 del TRLTC.

no disponga de ningún punto en su crédito, no es posible recuperar estos por ninguna vía, por lo que será necesario obtener un nuevo permiso o licencia de conducción, una vez tramitado y resuelto el procedimiento de pérdida de vigencia del permiso o licencia y transcurridos tres o seis meses, según los casos –*téngase en cuenta el caso de los conductores profesionales*–. En este sentido, los titulares de permisos o licencias que, tras perder su asignación total de puntos, hayan obtenido nueva autorización administrativa para conducir, dispondrán de un nuevo crédito inicial de ocho puntos (92). Este crédito reducido de puntos tiene su justificación en que estos conductores han cometido varias infracciones contra la seguridad vial y, por consiguiente, el sistema les dirige una menor confianza que al resto de conductores.

Ahora bien, el artículo 71.1, apartado tercero del TRLTC establece que «*si durante los tres años siguientes a la obtención de la nueva autorización administrativa para conducir se acordara otra vez la pérdida de vigencia por haber perdido de nuevo la totalidad de los puntos asignados, no se podrá obtener un nuevo permiso o licencia de conducción hasta transcurridos doce meses, contados desde la fecha en que dicho acuerdo haya sido notificado*». Este plazo se reducirá a seis meses en el caso de conductores profesionales.

No podemos relegar a un segundo plano que la pérdida parcial, total o la recuperación de los puntos asignados afectará al permiso o licencia de conducción cualesquiera que sean las clases que comprendan (93). La detracción y la recuperación de los puntos siempre hace referencia al conductor, con independencia de las distintas clases de permiso de conducir que posea, de manera que este se verá privado de conducir todos los vehículos para los que tuviera autorización, además de para ciclomotores. Y es que en el sistema establecido para el permiso por puntos es indiferente el vehículo o vehículos con los que se cometieran las infracciones contra la seguridad vial.

En cuanto al órgano competente para declarar la pérdida de vigencia del permiso o licencia, le corresponde al Jefe de Tráfico de la provincia correspondiente al domicilio del titular de la autorización (94). La competencia se determina en el momento en que el Registro De Conductores e Infractores detecta al conductor que se ha quedado con 0 puntos de crédito. Cabe indicar que el procedimiento encaminado a declarar la pérdida de vigencia del permiso o licencia para conducir establece, en el artículo 71.1 TRLTC, que «*una vez constatada la pérdida total de los puntos que tuviera asignados, la Administración, en*

---

(92) Vid. Artículo 63 del TRLTC.

(93) Vid. Artículo 64.3 del TRLTC.

(94) Vid. Artículo 37.3 del RGC 2009.

*el plazo de quince días, notificará al interesado el acuerdo por el que se declara la pérdida de vigencia de su permiso o licencia de conducción» (95). Se trata de un procedimiento independiente, cuya regulación básica sustantiva se encuentra en el propio TRLTC, aunque de forma subsidiaria resulta de aplicación el RGC, junto con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).*

La pérdida de la vigencia del permiso o licencia de conducción será ejecutiva desde el día siguiente a aquel en que tuviera lugar la notificación de la resolución declarativa de la misma, incluso en los casos en los que la notificación haya sido edictal.

Ciertamente, resulta necesario un acto de la Administración que declare la pérdida de vigencia del permiso de conducir por tal circunstancia, el cual deberá ser notificado (96) al interesado en ese plazo de quince días. Huelga decir que hasta que no se produzca tal notificación en la que se constate esta pérdida de vigencia, la conducción con el crédito del permiso por puntos agotado no será objeto ni de infracción administrativa ni constitutiva de delito (97).

La notificación al interesado relativa a la resolución administrativa que declare la pérdida de vigencia del permiso o licencia para conducir, resulta necesaria para que éste tenga conocimiento de que efectivamente no se encuentra habilitado para conducir –*en dicha notificación debe quedar constancia datada y firmada de su recepción por el sujeto pasivo u otra persona que se encuentre en el domicilio*–. Ahora bien, por la forma de la notificación, podría darse el caso de incurrir en error de tipo en la conducta, por cuanto que podría apreciarse la situación de que realizada la notificación en el domicilio del conductor, esta no hubiera llegado a conocimiento de este (98), o

---

(95) *Vid.* Artículo 71.1 5 del TRLTC.

(96) El hecho de que la relevancia típica de la conducción sin permiso se condicione a la notificación de la pérdida de vigencia del permiso tras la pérdida de todos los puntos asignados, no hace otra cosa que confirmar, para Trapero Barreales, que nos encontramos, en puridad, ante un delito de desobediencia, ya que el conductor puede seguir conduciendo en tanto no se formalice dicha notificación, con independencia del peligro a la seguridad vial que se haya podido generar. *Vid.* TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, p. 396.

(97) *Vid.* MOLINA GIMENO, F.: «Aspectos novedosos de los nuevos delitos contra la seguridad vial», en *Tráfico y seguridad vial*, n.º 117, 2008, pp. 65-75.

(98) En las Conclusiones celebradas en León en 2009 por los Fiscales de Seguridad Vial, se estableció que *«aunque la notificación personal de la resolución administrativa firme se configura como un muy importante elemento de prueba relativo al conocimiento del imputado sobre la ilicitud de su conducta dicha notificación personal no se puede considerar el único e indispensable medio de prueba para acreditar dicho extremo; por ello no se debe renunciar al intento de demostrar dicho conoci-*

incluso cuando la notificación tiene lugar a través de la publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento (99). Así, cuando se trata de publicación por edictos, se cumpliría en todo caso el tipo objetivo, puesto que la notificación ha sido correcta, pero podría no existir dolo si el sujeto activo no ha tenido noticia del contenido de la publicación por edictos, la cual declara la pérdida de vigencia del permiso. Pero más aún, existen casos que podrían considerarse «anómalos» en los que el titular del permiso o licencia recurre en alzada la resolución que acuerda la pérdida de vigencia de la autorización administrativa de conducir, de manera que la posterior conducción que se enjuicia tiene lugar cuando todavía no ha recaído resolución firme en vía administrativa (100). Para atender esta cuestión, debemos acudir a la Ley 39/2015, LPAC. (101).

---

*miento por otros medios probatorios como podrían ser testifical de policías, funcionarios de correos o porteros de la finca». En igual sentido, la Circular de la FGE 10/2011, en su página 56, concluye que «el conocimiento exigido puede acreditarse por cualquier medio de prueba: firma del interesado obrante en el expediente, declaración suya o del tercero firmante, manifestaciones del agente notificador, conductas constitutivas de «facta concludentia» como la recogida del permiso por la Autoridad de Tráfico o la presentación de recurso».*

(99) Acerca de este tipo de situaciones, *vid.*, entre otros, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: «Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos en la LO 15/2007, de 30 de noviembre», en *ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, 2008, p. 335; TRAPERO BARREALES, M.ª A.: *Últ. op. cit.*, pp. 398 y 399.

(100) *Vid.*, sobre esta cuestión, GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384...*, *op. cit.*, pp. 472 y 473.

(101) Concretamente en el artículo 117.1, en virtud del cual se dispone que «La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta Ley.

Debe de tenerse en cuenta que los procedimientos de retirada del permiso o licencia son muy divergentes entre la vía penal y la administrativa, y no sólo por la pena o sanción que llevan pareja (102). Así, mientras que por la vía penal la retirada del carné es excesivamente rápida (103), la vía administrativa es precisamente el polo opuesto (104), pudiendo tardar fácilmente más de un año en que se produzca la privación definitiva desde que se comete la infracción. Quizá por esta razón, el legislador ha optado por la solución «más rentable» desde un punto de vista populista, esto es, endureciendo las consecuencias jurídicas derivando a la vía penal determinadas conductas que seguramente no deberían ser atendidas por esta vía (105).

Por lo tanto, para que se perfeccione el delito tiene que concurrir, en todo caso, una notificación fehaciente y personal al interesado,

---

4. *Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.*

*Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.*

*La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud».*

Así mismo, habrá que tener en cuenta los efectos del silencio administrativo por el transcurso de los plazos señalados sin emitir una resolución al respecto. *Vid.* Artículos 24 y 25 de la LPAC.

(102) En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional 648/1988, de 23 de mayo, indicaba que «mientras el Código Penal prevé una pena consistente en la privación del carnet de conducir por un tiempo determinado (...), el Código de la Circulación prevé una medida distinta (...). El fundamento de la sanción penal y la medida administrativa es inequívocamente diferente (...), mientras la sanción penal se impone por un tiempo determinado que necesariamente hay que cumplir, la intervención administrativa del carnet es indefinida, pero puede cesar en el momento en que el titular se someta con éxito a las pruebas que reglamentariamente estén previstas para acreditar la capacidad psicofísica y técnica de los conductores, lo que pueden hacer pasadas sólo veinticuatro horas desde la retirada del carnet (...) la medida preventiva administrativa se impone en bien de la seguridad del tráfico y de la propia persona por la posible pérdida de su capacidad como conductora».

(103) Tal y como puede apreciarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 795-802 LECrim, al permitir el enjuiciamiento rápido en los casos de delitos contra la seguridad vial.

(104) *Vid.* GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384...*, *op. cit.*, p. 475.

(105) En este sentido, *vid.* SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: *Los nuevos delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 336 y 337; GARCÍA DEL BLANCO, V.: *Últ. op. y loc. cit.*

pues sólo de este modo se podrá perfeccionar el delito; de estos supuestos se excluyen las notificaciones edictales, que no son en primera instancia objeto de imputación penal sino más bien, responsable únicamente en la vía administrativa.

De otro lado, debe de tenerse en cuenta que la posibilidad de presentar recursos en la vía administrativa no siempre implica la suspensión o paralización del acto administrativo recurrido (106), pudiendo coincidir que el sujeto presente un recurso en vía administrativa –*recurso administrativo en la vía judicial contencioso administrativo*– pero también se inicien diligencias penales por presunto delito de conducción sin permiso. Parece que en estos casos específicos se debería de paralizar el procedimiento penal, y ello porque el recurso versa sobre un hecho prejudicial del ámbito administrativo necesario para la relevancia penal, esto es, la pérdida de vigencia del permiso por la pérdida total de los puntos asignados (107).

En este sentido, la Circular 10/2011 de la FGE establece que «*la conducción sólo es típica si la declaración de pérdida de vigencia ha ganado firmeza en vía administrativa*», y «*solo en el caso de que la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera acordado como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, se puede considerar atípica la conducción realizada a partir de la resolución correspondiente*».

En definitiva, será necesario que la resolución sea firme e irrecurrible, ya sea por haber expirado el plazo para recurrir o porque el recurso haya sido desestimado. De manera que si se acude a la vía judicial, será necesario que no se haya acordado la suspensión de la resolución recurrida para que estemos ante una posible presencia del delito.

---

(106) La LPAC, en su artículo 117 prescribe que «*la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la ley de Procedimiento administrativo común*».

(107) Al respecto, *vid.* PEDREÑO NAVARRO, L./PIPAÓN PULIDO, J. G.: «Art. 384 del Código Penal. Conducir sin licencia por pérdida de vigencia o pérdida total de puntos», en *Cuadernillo Jurídico de la Revista de la Asociación de Abogados del Estado*, n.º 22, 2008, pp. 18 y ss.; PIPAÓN PULIDO, J. G./PEDREÑO NAVARRO, L./BAL FRANCÉS, E.: *Los delitos contra la seguridad vial. Análisis práctico y formularios de aplicación*. Valladolid, Lex Nova, 2009, pp. 16 y ss.; TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, p. 397.



Finalmente, y para concluir este apartado, podemos afirmar que la resolución en virtud de la cual la Administración declara la pérdida de vigencia de la autorización para conducir por pérdida total de los puntos no es una resolución sancionadora, sino meramente declarativa (108), y ello con independencia de que traiga causa o sea consecuencia de previos procedimientos sancionadores (109). El carácter declarativo de la resolución administrativa implica su inmediata ejecutividad y eficacia una vez se lleve a cabo la notificación, ya que, a tenor del artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, «*el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos*».

Este carácter declarativo de la firmeza de la resolución ha sido avalado por la Audiencia Provincial de Salamanca, cuando afirma que «*parece claro que una cosa es la naturaleza sancionadora de cada uno de los expedientes particulares (...), y otra muy distinta el expediente en virtud del cual se declara la pérdida de vigencia de autorización administrativa para conducir (...); de hecho, la pérdida de puntos no está contemplada expresamente entre las sanciones previstas en el artículo 67 de la Ley de Seguridad Vial, sanciones para las que además se establece un régimen de graduaciones, mientras que la pérdida de puntos es siempre automática y no proporcional, por lo que la pérdida de puntos no es un elemento conformado por o añadido a la sanción, y así parece deducirse además de la disposición*

---

(108) Sin embargo, la Fiscalía General del Estado se decanta por el carácter sancionador y no meramente declarativo de la resolución que declara la pérdida de vigencia del permiso o licencia de conducción por pérdida total de puntos, determinando que «*la tesis correcta es la que otorga a la decisión o pronunciamiento administrativo una clara naturaleza sancionatoria aun cuando el artículo 63.6 de la Ley de Seguridad Vial que lo regula se halla formalmente extramuros del procedimiento sancionador de los artículos 70 y ss. A pesar de su ubicación sistemática, la declaración de pérdida de vigencia incluye materialmente una sanción. La STEDH de 23 de septiembre de 1998 atribuye efectos punitivos al llamado carnet por puntos y con esta naturaleza debe abordarse su régimen jurídico. La respuesta sancionadora más drástica de la LSV es la privación del derecho a conducir con la necesidad de obtener un nuevo permiso. Este es el contenido aflictivo de la pérdida de vigencia, sin perjuicio del fin rehabilitador que se aprecia en la normativa reguladora*». Cfr. Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2010, a través de Circular 10/2011 de 17 de noviembre, p. 52.

En una línea similar, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en virtud de STS de 4 de junio de 2009, advierte la naturaleza sancionadora del régimen de puntos, al indicar que «*es indudable que la pérdida de puntos es una medida que tiene carácter materialmente sancionador (...). Es indudable que la pérdida de puntos es una consecuencia directa y automática de la sanción, y participa de su misma naturaleza*».

(109) Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Algunas cuestiones discutidas...*, op. cit., p. 189.

*adicional primera de la LSV que se refiere al descuento de forma automática y simultánea de los puntos cuando la resolución sancionadora adquiere firmeza» (110).*

#### **4.3 Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor tras la pérdida del total de los puntos legalmente asignados**

Estamos ante la presencia de una modalidad típica completamente novedosa tras la reforma penal de 2007, habiéndose procedido a una administrativización penal de la conducta, ya que el hecho de haber perdido todos los puntos asignados legalmente al conductor que tiene un permiso de conducir, supone criminalizar una obligación de índole administrativa (111).

La tipificación penal la hallamos en el primer apartado del artículo 384 del CP, que prescribe que *«El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días».*

Del precepto citado se desprende que la conducta que sanciona el texto punitivo consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor cuando el conductor ha perdido previamente los puntos que legalmente se le asignaron al obtener el permiso de conducir. Cabe indicar que la pérdida de puntos sólo se consigue a través de la reiteración infractora, de manera que constituye una especie de tipificación de reincidencia administrativa.

En este sentido, la STS 612/2017, de 13 de septiembre, apunta que *«(...) La pérdida de puntos del permiso de conducción por las sanciones recibidas, es indicativo de que se carece de las características adecuadas para conducir un vehículo en tanto que el conductor desprecia las normas de circulación legalmente dispuestas para ello, y tal desprecio ha puesto reiteradamente en peligro el bien jurídico protegido, optando el legislador por definir este tipo legal que suprime la vigencia de su permiso de circulación, obtenido regularmente en su día».*

El Real Decreto 818/2009, de 9 de mayo, por el que se aprueba el vigente Reglamento General de Conductores, regula el procedimiento

---

(110) Cfr. Auto 55/2011, de 15 de febrero, de la Audiencia Provincial de Salamanca. Con anterioridad, *vid.* SAP de Zaragoza, 412/2009, de 16 de junio.

(111) En este sentido, puede afirmarse que su origen data de la regulación del carné por puntos introducida por la Ley 17/2005, de 19 de junio.

por el que se lleva a cabo la retirada de la vigencia del permiso de conducción por la pérdida total de puntos en su artículo 36. En este sentido, la Jefatura Provincial de Tráfico que tenga conocimiento de esta situación será la encargada de iniciar el «*procedimiento de declaración de pérdida de vigencia*» del permiso en cuestión, en la cual deben quedar detalladas todas las circunstancias relevantes, debiendo ser notificadas al titular de la autorización.

Cabe señalar, en este sentido, que la conducción no será sancionada penalmente mientras no se notifique al interesado la resolución de que su permiso ha perdido todos los puntos y, por ende, su vigencia (112). Así pues, esta tipificación no supone una protección de todo tipo de resolución administrativa, sino que será necesario, previamente, que la pérdida de vigencia del carné sea efectiva, esto es, que conforme al artículo 40.2 de la Ley 39/2015, LPAC, se haya efectuado la oportuna notificación al interesado, como consecuencia de que «*Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente*». Dicho esto, solamente cuando se haya practicado la notificación (113) de la resolución que indica la pérdida de todos los puntos del carné, la conducción constituirá un ilícito penal.

Ciertamente, la motivación de la tipificación penal de esta conducta ha sido la de dar apoyo al nuevo sistema de carné por puntos, pues de lo contrario se pensaba que dicha regulación no se lograría mantener en el tiempo (114). Con el permiso de conducir por puntos, en palabras de Torres Fernández, «la vigencia de una autorización para conducir queda[ba] condicionada a que el titular mantenga el

---

(112) Así, como expuso la SAP de Las Palmas 199/2015, de 24 de septiembre, «(...) la conducta típica será susceptible de realizarse, no en el momento en que se produce la infracción que lleve aparejada la retirada total de los puntos que tuviera en su permiso el infractor, ni tampoco en el momento en que la Administración adopte el acuerdo en que se declara la pérdida de vigencia del permiso por pérdida total de puntos; sino a partir de la notificación de ese acuerdo al interesado».

(113) La sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Pamplona, 21/2009, de 3 de febrero, absolvió a un conductor que perdió todos los puntos pero sobre el que no constaba que se le hubiera notificado resolución alguna.

(114) Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, op. cit., 1.ª ed., p. 491; REQUEJO CONDE, C.: *El delito de conducir sin permiso. Análisis jurisprudencial*. Sevilla, Bosch, 2013, p. 64.

número de puntos que le fueron asignados, contabilizándose de manera automática la pérdida de al menos dos puntos cuando el conductor comete determinadas infracciones graves o muy graves, sin perjuicio de la sanción individualizada de la concreta infracción cometida (...) Se crea pues una nueva modalidad de ilicitud administrativa, similar a la habitualidad de algunos tipos penales y definida por la reiteración de infracciones de tráfico graves y muy graves, que es expresiva de un comportamiento o un modo de proceder con constante desprecio por las normas de seguridad vial, y que es sancionado con la pérdida de la autorización para conducir, y la correspondiente obligación de obtenerla nuevamente previa superación de cursos de formación vial de contenido específico para conductores infractores –si es que se quiere volver a conducir» (115). Quizá por ello, para García del Blanco esta modalidad delictiva se configura como una forma de quebrantamiento de condena que se expande para dar cobertura al incumplimiento de las sanciones administrativas (116).

En realidad, la esencia de este delito ha sido la de reprimir la desobediencia de la autoridad administrativa (117). En este sentido, la STS 480/2012, de 28 de junio, ha señalado que «(...) *no se trata de un delito de desobediencia articulado sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino de un delito contra la seguridad vial que se cimienta sobre un pronóstico de riesgo, castigando al conductor que ha evidenciado un comportamiento peligroso para el tráfico viario con las previas infracciones por las que perdió los puntos legalmente asignados, con la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsibles para los bienes jurídicos tutelados, que no son otros que la seguridad del tráfico como bien intermedio directamente afectado y la vida e integridad física de los sujetos como bienes indirecta o mediatamente tutelables*» (118).

---

(115) Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: *Reflexiones sobre algunos efectos...*, *op. cit.*, pp. 98-99.

(116) *Vid.* GARCÍA DEL BLANCO, V.: El artículo 384... *op. cit.*, p. 458.

(117) *Vid.*, al respecto, CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal...*, *op. cit.*, p. 416.

(118) De igual manera, a tenor de lo dispuesto en la SAP Almería 331/2016, de 14 de julio, «*La modalidad objeto de examen, pérdida de los puntos legalmente asignados, pone de relieve la peligrosidad cualificada demostrada por el conductor, que le ha llevado a cometer una serie de infracciones que ponen en entredicho su capacidad para llevar a cabo una actividad que afecta a terceros. Si el permiso o licencia pierden vigencia por pérdida de puntos, es porque se ha acreditado un comportamiento peligroso y la prohibición cualificada –penalmente protegida– de conducir en estos casos tiene siempre una finalidad preventiva de evitar los riesgos para la conducción que proceden de quien ha demostrado ya su peligrosidad con comportamientos pasados*».

Por lo tanto, y como conclusión, para que el delito se perfeccione deberán concurrir los siguientes elementos:

- a) Que el sujeto activo realice una actividad de conducción.
- b) Que en dicha actividad ha de utilizar un vehículo a motor o ciclomotor.
- c) Que exista una resolución administrativa en firme que constate la resolución administrativa de pérdida total de puntos.
- d) Que dicha resolución administrativa haya sido notificada fehacientemente como prueba del dolo.
- e) Que la conducción se efectúe no sólo dentro del periodo de pérdida de vigencia sino una vez que este finalice si el conductor no hubiera realizado el curso de sensibilización y reeducación vial y no hubiera obtenido de nuevo el permiso o licencia de conducción que le rehabilite de nuevo para conducir.

Quedarían fuera del tipo penal aquellos supuestos de pérdida de vigencia del permiso por motivos distintos a la pérdida total de los puntos legalmente asignados. Debe indicarse que no es lo mismo conducir sin permiso que conducir ilegalmente, y ello no puede inducirnos a error conceptual. Así, será conducción ilegal aquella que se realice infringiendo cualquier norma reguladora de los permisos o licencias de conducción, situación esta que quedaría al margen del tipo penal y que es analizada en el último apartado del presente estudio. Ciertamente, las absoluciones relativas al artículo 384 CP bien pudieran basarse en que existirá ausencia de culpabilidad en supuestos de evidente buena fe, como pudiera ser la falta de renovación de un permiso o licencia producida por ignorancia o negligencia pero no con la malicia directamente enfocada a vulnerar la ley.

En definitiva, no toda conducción sin un permiso o licencia válida debe de constituir una conducta reprochable penalmente. Hay algunas conductas que quedan al margen del tipo penal, en puridad, porque se trata de supuestos en los que el sujeto conduce con un permiso o licencia no vigente pero que por motivos distintos a la pérdida total de los puntos asignados legalmente, impiden su renovación y, por tanto, la capacidad para realizar la maniobra de la conducción.

#### **4.4 Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor habiendo sido privado judicialmente del permiso de conducir**

Debe advertirse que el artículo 384 del Proyecto de la reforma de 2007, del que fueron segregados los delitos contra la Seguridad Vial,

se contemplaba exclusivamente la conducción de un vehículo en los supuestos de privación judicial o administrativa. Finalmente el resultado fue diferente, y el tipo penal fue más amplio, albergando distintas modalidades que no han resultado baladí, tanto por la técnica redactora empleada por el legislador como por el debate que se ha generado por la doctrina científica y la jurisprudencia.

En la modalidad que analizamos, el comienzo del segundo apartado del artículo 384 del CP sanciona «*con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días (...) al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial*».

Bajo la redacción de este precepto podemos encontrar tres modalidades distintas (119): 1) Conducción quebrantando una medida judicial cautelar; 2) Conducción quebrantando una condena de privación del permiso o licencia por decisión judicial en un procedimiento contencioso-administrativo de quien, sancionado a perder el permiso o licencia por pérdida de puntos, agota la vía administrativa y acude a la jurisdicción contencioso-administrativa; 3) Conducción quebrantando una condena de privación definitiva del permiso o licencia por decisión judicial en un procedimiento penal como pena principal o accesoria.

Pues bien, adentrándonos en el análisis de este apartado, cabe afirmar que el juez de la jurisdicción penal puede acordar de manera provisional, o como medida cautelar, la privación del permiso de conducir, en virtud de los arts. 529 bis (120) y 764.4 (121) de la LECrim. En

---

(119) Vid. REQUEJO CONDE, C.: *El delito de conducir...*, op. cit., p. 80.

(120) Señala el artículo 529 bis LECrim que «*Cuando se decreta el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el Juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar el permiso, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. El Secretario judicial lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido*».

(121) Expone el artículo 764.4 LECrim que «*Se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del investigado o encausado o del tercero responsable civil*.

*También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al investigado o encausado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal*».

El artículo 764.4 LECrim remite expresamente al tipo de desobediencia del artículo 556 CP. Este olvido del legislador nos dirige a tener que realizar una labor interpretativa que, a juicio de García del Blanco, supone una «derogación tácita de la remisión al artículo 556 del Código Penal y que prevalece en cualquier caso el con-

este sentido, cuando nos referimos a privación definitiva del permiso o licencia de conducir, por decisión judicial, se entenderá como la acordada en sentencia firme. Por el contrario, cuando nos referimos a la privación cautelar del permiso o licencia por decisión judicial, será la que se acuerda durante el procedimiento conforme a los artículos referidos de la LECrim. Debe interpretarse que la dual privación definitiva o cautelar del permiso o licencia de conducir trata de diferenciar entre la privación acordada en sentencia firme respecto de la acordada como medida cautelar.

Así mismo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 72 (122) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TRLTC, el juez de lo contencioso-administrativo también tiene la potestad suficiente para decretar la suspensión del permiso de conducir «*cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico*». En este punto conviene señalar que el juez de lo contencioso-administrativo puede acordar la privación definitiva de la licencia de conducir cuando concorra alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 71 TRLTC, al acreditarse la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para su autorización (artículo 70.2 TRLTC), tras agotar la vía administrativa e interponer el recurso correspondiente ante la jurisdicción ordinaria.

La conducción sin permiso por haber sido privado del mismo cautelar o definitivamente, por decisión judicial, para cierto sector doctrinal se trata de un supuesto especial de quebrantamiento de condena (123). Así, debe advertirse que conducir tras haber sido pri-

---

curso de leyes, a resolver conforme al principio de especialidad a favor de la aplicación de las previsiones del artículo 384». Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384...*, *op. cit.*, p. 487.

(122) Prescribe el artículo 72 del TRLTC que «*En el curso de los procedimientos de declaración de nulidad, lesividad o pérdida de vigencia de las autorizaciones administrativas se acordará la suspensión cautelar de la autorización en cuestión cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico, en cuyo caso la autoridad que conozca del procedimiento ordenará, mediante resolución motivada, la intervención inmediata de la autorización y la práctica de cuantas medidas sean necesarias para impedir el efectivo ejercicio de la misma*».

(123) *Vid.*, entre otros, MAGRO SERVET, V.: *La criminalización de la conducción sin permiso...*, *op. cit.*; MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, *op. cit.*, p. 41; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: *Los nuevos delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, p. 333; SOLA RECHE, J. M.: «Los viejos problemas de los nuevos delitos contra la seguridad vial», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, 2008, pp. 29 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, *op. cit.*, 2.ª ed., pp. 756 y ss.; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: «Delitos contra la seguridad del tráfico», en SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª (Dir.): *Lecciones derecho penal: parte especial*. 2.ª ed. 2009, Barcelona, Atelier, p. 289.

vado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial de ámbito penal, con anterioridad (124) a la reforma de 2007, estaba previsto como un delito de quebrantamiento de condena. Las razones de su configuración como delito contra la seguridad vial no han sido otras que el reforzamiento del sistema de puntos. En cualquier caso, en palabras de Trapero Barreales, «no resulta explicable que el quebrantamiento de medidas cautelares que no siempre se basan en la protección de la seguridad vial (125) se sancione más gravemente (a través del art. 384 CP) que el quebrantamiento de una pena de privación del derecho a conducir cuando no supera los dos años o el quebrantamiento de la medida de seguridad, sea cual sea su duración temporal, cuando estas consecuencias jurídicas sí se imponen por la comisión de un delito relacionado con la seguridad vial» (126).

Ciertamente, nos encontramos ante un subtipo penal en el que se plantea la exigencia de una naturaleza judicial de la resolución que determina la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotor tras sentencia condenatoria, excluyéndose por tanto del contexto de esta tipología penal los casos en que el acuerdo sea adoptado por la autoridad administrativa. Por lo tanto, tal y como afirma Lanzarote Martínez, «al no requerir que la resolución haya sido dictada en un proceso penal resulta igualmente posible la aplicación del tipo a los casos en que hubiera recaído la decisión en un procedimiento judicial de distinta naturaleza, como en un proceso contencioso administrativo cuya sentencia desestimare el recurso interpuesto contra la sanción administrativa» (127).

Ahora bien, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 33 CP, observamos el catálogo de penas que se pueden imponer y que constituyen el arsenal punitivo del juez o tribunal sentenciador. Ciertamente, la resolución judicial no puede privar de manera cautelar o definitiva un permiso o licencia, ya que no existe en nuestro sistema tal posibilidad, por cuanto que la pena, siempre determinada *—a excepción de la prisión permanente revisable—*, se refiere al derecho a conducir y no al permiso o licencia en sí (128).

En esta modalidad delictiva, el juez penal puede acordar la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores durante

---

(124) Acerca de esta evolución normativa, *vid.*, entre otros, TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 314 y ss.

(125) *Vid.* Artículo 764.4 LECrim.

(126) Cfr. TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, p. 410.

(127) Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Algunas cuestiones discutidas...*, *op. cit.*, p. 214.

(128) *Vid.* LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Últ. op. y loc. cit.*



un tiempo máximo de diez años (artículos. 47 y 96 CP), así como una pena privativa de derechos (artículo 39 CP) o una medida de seguridad no privativa de libertad (artículos 96.3.5 y 105 CP). Cuando la duración de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores supere los dos años, tal y como establece el artículo 43.3 CP, se perderá la vigencia del permiso de conducir.

En relación al artículo 47 CP, que anuncia que «*Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente*», si un individuo conduce un vehículo una vez ha cumplido una condena superior a dos años, pero como consecuencia de la misma se le ha privado del permiso o licencia, ¿habría cometido delito del artículo 384? En el presente caso, entendemos que sí, toda vez que lo dispuesto en el artículo 47 CP puede concebirse como una pena accesoria en toda regla, la cual supone una privación del permiso o licencia para conducir (129).

Resulta necesario tener en cuenta dos consideraciones que pueden ser aplicadas una vez cumplida la condena judicial:

a) Que la condena fuere inferior a dos años: en este caso, una vez cumplida la condena, el que hubiera sido penado deberá realizar el curso de sensibilización y reeducación vial, regulado mediante la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio, por la que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción. En caso de volver a conducir un vehículo a motor o ciclomotor, cumplida la condena pero sin realizar dicho curso, no será responsable penalmente de tal conducta pero sí lo será administrativamente como responsable de una infracción al Reglamento General de Conductores de 2009, tal y como establece la Disposición Adicional decimotercera, apartado segundo, de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial al establecer que, tras haber cumplido la condena penal, sin haber realizado el curso de reeducación y sensibilización, su autorización administrativa carecerá de validez por no haber cumplido los requisitos administrativos exigidos reglamentariamente en España.

b) Que la condena fuere superior a dos años: en este caso, una vez cumplida la condena, el conductor deberá realizar el curso de sensibilización y reeducación vial regulado en la misma Orden referida en el supuesto anterior, además de obtener nuevamente el permiso o licencia de conducción, ya que en estos supuestos habría perdido su

---

(129) En sentido contrario, no obstante, *vid.* MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, *op. cit.*, p. 43.

vigencia al igual que en los casos de pérdida total de puntos. Y en caso de volver a conducir un vehículo a motor o ciclomotor, cumplida la condena pero sin obtener nuevamente el permiso de conducir ni realizar el curso de sensibilización y reeducación vial, sería responsable de un delito contemplado en el artículo 468 del Código Penal (130). El novedoso artículo 47.3 CP significó un intento de coordinación de la legislación penal con la administrativa –*anterior Disposición Adicional 4.a, introducida por la Ley 17/2005*– en cuanto a las consecuencias que en el ámbito administrativo tenían las condenas de privación del permiso. La Disposición Adicional 13 (131) de la Ley 18/2009, apartado 1, completa la regulación. En definitiva, con la imposición de penas de privación del derecho a conducir superiores a dos años, se invoca directamente a la citada norma penal, al establecerse en la sentencia la pérdida de vigencia del permiso de conducir.

Con la inclusión de este subtipo penal dentro de las tipologías descritas en el artículo 384 CP, el legislador pretende refundir en una sola figura delictiva los diversos supuestos de conducción de vehículos a motor y ciclomotores cuando el sujeto activo se encuentre privado del derecho a conducir. De hecho, la Exposición de Motivos de la LO 15/2007 determinó que *«una criticada ausencia era la conducción de vehículos a motor por quienes hubieran sido privados judicial o administrativamente del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo, cierto que algunos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, por lo que se ha considerado más ágil y preciso reunir todas las situaciones posibles en un solo precepto sancionador»*.

En definitiva, resulta necesaria una resolución judicial que justifique la privación del permiso, por lo que debe descartarse la inclusión

---

(130) Vid. Circular 10/2011, de 17 de noviembre de la FGE, en la que se establece que resulta necesario el apercibimiento expreso del juzgado de incurrir en un posible delito de quebrantamiento si no recupera el permiso por curso y examen.

(131) Esta Disposición establece que *«1. El titular de una autorización administrativa para conducir que haya perdido su vigencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Código Penal, al haber sido condenado por sentencia firme a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener, una vez cumplida la condena, una autorización administrativa de la misma clase y con la misma antigüedad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 63.7 para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados.*

*El permiso que se obtenga dispondrá de un saldo de 8 puntos.*

*2. Si la condena es inferior a dos años, para volver a conducir, únicamente deberá acreditar haber superado con aprovechamiento el curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el primer párrafo del citado artículo 63.7»*.

en el tipo de aquellos supuestos en los que la retirada proceda de la policía judicial (132). Será necesario, por tanto, que se realice la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial (133). Y es que en este caso nos encontramos con la imposición de una pena de privación de la licencia de conducción, pero nos encontramos también con la tipificación expresa de un quebrantamiento de condena sancionable, en virtud del artículo 468.1 CP, que dispone 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 cuestión del concurso de leyes podría resolverse en virtud del principio de especialidad (134), a favor del artículo 384 CP, ya que la conducta típica de este precepto es más específica que la general, propia del quebrantamiento del artículo 468 (135). De hecho, la pena aplicable en uno y otro caso es distinta (136), seguramente, a ojos del legislador, como consecuencia de que el ámbito de la seguridad vial es más «grave» que un quebrantamiento de una condena, medida de seguridad, cautelar, o del espacio intramuros de un establecimiento penitenciario, si cabe.

(132) Vid. MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, op. cit., p. 41.

(133) Sobre esta cuestión, vid., entre otros, Cfr. MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: «Artículo 384», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*. Tomo XI, Madrid, Cesej, pp. 815 y ss. p. 839.

(134) Téngase en cuenta que el artículo 8 CP establece que *«Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. (...)»*.

Por su parte, también se ha ofrecido la posibilidad de aplicar el principio de alternatividad, puesto que en la regla 4.ª del art. 8 CP, se indica que *«En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor»*. Vid., al respecto, MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: Artículo 384... op. cit., p. 41, nota.

(135) Al respecto, la SAP de Barcelona 25/2009, de 21 de enero, expuso que *«en el vigente CP, a diferencia del derogado, no existe la pena de privación del permiso de conducción, sino la del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, pena que no puede imponerse con carácter definitivo. Por tanto, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia deben de calificarse como legalmente constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP»*. En sentido contrario, del mismo órgano judicial, la SAP 99/2009, de 16 de febrero, se decantaba en ese caso por el concurso ideal de infracciones del art. 77 CP.

(136) Vid. MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, op. cit., pp. 41 y 42.

#### 4.5 Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor sin la previa adquisición del permiso o la licencia pertinente

La penalización de la conducción sin permiso o licencia ya venía siendo demandada por autores como Carbonell Mateu, quien fuera redactor de la propuesta de la Comisión General de Codificación, y quien alegara que no resultaba coherente sancionar penalmente al conductor de un vehículo con el carné suspendido y, por el contrario, se derivase a la vía administrativa a quien condujere sin haber obtenido nunca el permiso o licencia para conducir (137).

La introducción del artículo 384 en 2007 pretende proporcionar cobertura penal al denominado permiso por puntos (138) que se reguló por Ley 17/2005, de 9 de julio. Y es que hasta ese momento, la conducción sin permiso sólo resultaba reprochada por la vía administrativa, constituyendo una infracción administrativa (139). Con la reforma penal de 2007, el legislador ha pretendido *–sin total éxito–* los «*reductos de impunidad que subsistían tras la entrada en vigor de la ley del permiso por puntos. El tipo va dirigido al infractor que de forma deliberada y contumaz decidía permanecer al margen del sistema y no obtenía el permiso exigido por la legislación, por lo que tampoco quedaba sometido al sistema de puntos*», y es que en el ámbito administrativo la sanción que se contemplaba se ceñía exclusivamente a una multa.

No debe obviarse que lo que se protege con este delito es la seguridad de la vida y la integridad de las personas, de manera que, haciendo eco de las palabras de Prieto González, quien conduce sin permiso pero de «forma adecuada demostrando los conocimientos y habilidades que se requieren para ello, no puede ser sancionada penalmente simplemente por haber incumplido una normativa administrativa» (140), ya que no se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado por este delito.

Ahora bien, este sistema con el que contamos, el cual tiene como objeto de regulación la seguridad vial, con vistas a amparar los bienes

---

(137) Vid. CARBONELL MATEU, J. C.: *La reforma del tratamiento penal...*, op. cit., pp. 402 y 403.

(138) Vid. Comparecencia del Sr. Director General de Tráfico en el Congreso de los Diputados, el 22 de febrero de 2006. Diario de Sesiones, Comisiones, n.º 489, 2006, p. 3. Al respecto, vid., entre otros, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: *Los nuevos delitos contra la seguridad vial...*, op. cit., p. 333.

(139) Vid. Artículo 65.5.j) de la LSV 1990, comportando una infracción de carácter muy grave, sancionada con una multa de 301 a 600 euros, según el artículo 67.1 del texto.

(140) Cfr. PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, op. cit., p. 255.

relativos a la vida y la integridad física y corporal, constituye «una actividad reglada para cuya realización se requiere la superación de unas pruebas y la demostración de conocimientos y habilidades, no es por puro capricho o por un desmedido ánimo recaudatorio, sino porque se trata de una actividad capaz de crear riesgos de suma importancia para los demás» (141). Es por ello que para autores como Prieto González es razonable la tipificación de la conducta.

Pues bien, la parte final del segundo apartado del artículo 384 del CP sanciona «*con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días (...) al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción*».

Sorprende que de los 118 años de exigencia (142) de alguna clase de permiso o licencia habilitante para conducir, durante 70 años la conducción sin permiso se ha configurado como una infracción administrativa, no considerando el legislador aumentar en todo ese tiempo el rigor punitivo a sede penal.

Ciertamente, se trata de un delito de mera actividad fundamentado en la desobediencia, que ostenta dos elementos integrantes de la conducta típica: la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor y la carencia del permiso o licencia de conducción (143). En este sentido, la SAP Lleida de 6 febrero de 2014, indicaba que «*la obligación de obtener un permiso para poder conducir un vehículo impuesta por la normativa administrativa no es un capricho del legislador, sino que parte de la constatación de que conducir es una actividad peligrosa que genera riesgos y que, por tanto, ha de estar reglada, habiendo ya*

(141) Cfr. PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *Últ. op. cit.*, pp. 253 y 254.

(142) Téngase en cuenta que la jurisprudencia más remota, concretamente, entre el año 1958 y 1963 –*este delito no siempre ha estado configurado como tal en la norma penal*–, era muy rigurosa con la aplicación formal del tipo, y rechazaba cualquier tipo de prueba relativa a la capacidad técnica de los conductores que carecían de autorización para ello. *Vid.*, al respecto, con un gran desglose jurisprudencial, PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *Últ. op. cit.*, p. 267, nota. Si bien es cierto, esta misma jurisprudencia consideraba que tanto la buena fe como la creencia fundada y probada de creerse autorizado para conducir eliminaba el dolo. *Vid.*, a modo de ejemplo, la STS de 28 de enero de 1956. De igual manera, la existencia de circunstancias excepcionales que justifican la maniobra de conducir sin permiso ha sido aliciente para exculpar a ciertos conductores, como se desprende de la STS de 13 de noviembre de 1956, que absolvía a un sujeto que para apartar un vehículo que entorpecía el tráfico procedió a apartar un vehículo de la vía.

(143) *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 781. En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los nuevos delitos...*, *op. cit.*, p. 219.

*realizado el legislador el juicio de peligrosidad de la conducta de conducir sin haber obtenido el mencionado permiso y no correspondiendo, por tanto, al juzgador decidir si conducir sin permiso es peligroso o no. Y es que, como bien señala la magistrada de instancia, en estos casos nos hallamos ante un delito de peligro abstracto y de riesgo potencial, consistente en garantizar la aptitud de los conductores para manejar los vehículos con el menor riesgo posible».*

Esta modalidad delictiva se trata, sin duda, de una modalidad muy controvertida. Esta conducta consiste en no sancionar a quien no haya obtenido el permiso nunca, y hay que interpretarlo bajo un criterio restrictivo. Su razón de ser *–no haberlo obtenido nunca, descartando a quien lo haya obtenido alguna vez–*, como apunta García Albero, estriba en el «elevadísimo número de conductores que circulan sin permiso, lo que podría determinar un «colapso» en los Juzgados» (144). Cabe señalar que esta conducta, integradora del artículo 384 del CP, es la única modalidad cuyo peligro no siempre puede ser demostrado, basándose en algunos casos en meras sospechas (145). Así mismo, el objetivo de esta infracción no es otro que el de otorgar tutela penal al cumplimiento de una reglamentación que impone la obtención regulada del permiso de conducción, fortaleciendo por la vía penal el orden meramente administrativo (146).

Puede afirmarse que estamos ante la modalidad delictiva más compleja y más debatida del tipo penal. En las anteriores conductas típicas se manifestaba un quebrantamiento de condena judicial o de infracción administrativa *–con las posibles afecciones propias del concurso de delitos–*, si bien en este supuesto no existe infracción delictiva previa.

Destacamos lo dispuesto en la STS 1032/2012, de 30 de diciembre de 2012, en virtud de la cual *«El nuevo tipo responde a la idea de preservar el bien jurídico protegido, la seguridad vial, de todos aquellos que se aventuran a conducir un vehículo de motor sin haber obtenido un permiso, precisamente por el plus de peligrosidad que entraña para el resto de los usuarios de las vías públicas la conducción de vehículos por quienes no hayan acreditado una mínima aptitud para su manejo. Se protege, así pues, no tanto el control por parte de la Administración Española de las habilitaciones para conducir, como el bien jurídico «seguridad vial» que sólo se puede presumir puesto en peligro cuando quien pilota el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad».*

---

(144) Cfr. GARCÍA ALBERO, R.: *La nueva política criminal...*, op. cit., p. 10.

(145) Vid., al respecto, REQUEJO CONDE, C.: *El delito de conducir...*, op. cit., p. 102.

(146) Vid. CARDOZO POZO, R. C.: *Bases de política criminal...*, op. cit., p. 416.

En puridad, el principio penal de intervención mínima nos dirige a interpretar que deberían de considerarse ilícito penal aquellos casos en los que no se dispone de algún permiso (147) de conducción por no haberlo obtenido nunca, si bien con algunos matices (148). En este sentido, con buen tino apunta Miró Llinares que, en puridad, «hay que tratar de huir de formalismos gramaticales y buscar un sentido material relacionado con la intervención mínima en un precepto tan formal como este» (149), de modo que el criterio delimitador podría ser que la obtención de la licencia requiera de habilidades superiores o distintas a las que permitieron la obtención del permiso del que se dispone (150), aunque quizá tal cuestión no adolece de la gravedad lo suficientemente necesaria como para que sea el Derecho penal el que deba de intervenir en este tipo de situaciones. Así las cosas, lanzamos el siguiente interrogante, ¿realmente un conductor estará incapacitado, en todos los casos, poniendo en grave riesgo y peligro a la circulación, por el mero hecho de no haber obtenido una licencia de conducción para un vehículo determinado, estando en posesión de una licencia diferente? Seguramente podríamos contestar que sí, que no es tolerable y que merece una respuesta por parte de los operadores jurídicos pero, ¿necesariamente deberá de recibir un reproche penal, considerado como *ultima ratio*, en lugar del Derecho administrativo sancionador? Permítanme dudarle (151).

---

(147) No obstante, no parece ser este el criterio seguido por algunos tribunales españoles. A modo de ejemplo, el Auto de la AP de Granada, de 10 de julio de 2008, pone de manifiesto que «una cosa es el permiso de conducir vehículos a motor, que sí habilita para conducir ciclomotores, y la licencia de conducir ciclomotores, que sólo habilita para llevar estos; por lo que la interpretación literal del artículo 384 no puede ser otra que el permiso va vinculado a vehículo de motor y la licencia de conducción a ciclomotor», y ello porque «los conocimientos exigidos para conducir un vehículo a motor son mucho mayores y extensos que para conducir un ciclomotor, que de otro lado no precisa examen práctico alguno, o prueba de control de aptitudes y comportamientos en circuito cerrado y en vías abiertas al tráfico general».

(148) Para Lanzarote Martínez, entre otros, no sería delito, al margen de la infracción administrativa cometida, aunque sí considera delito, y compartimos dicha opinión, la conducción de un autobús escolar o de un camión de mercancías peligrosas por quien sólo posee el permiso más elemental, por la evidente peligrosidad de la conducta y afectación de la seguridad del tráfico, que se vería seriamente comprometida y puesta en peligro. Vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Algunas cuestiones discutidas...*, op. cit., p. 199.

(149) Cfr. MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, op. cit., p. 44.

(150) Vid. MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: *Artículo 384...*, op. cit., p. 846.

(151) La SAP de Girona de 30 de octubre de 2008 ya estableció hace una década que «reducir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a

En definitiva, dada la «precisión» de la redacción relativa al delito objeto de estudio, quedarían al margen de dicho delito algunas actuaciones especiales relacionadas con la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor, las cuales analizamos en el apartado que abordamos a continuación.

## 5. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES EXCLUIDOS DEL TIPO PENAL

El tenor literal del precepto suscita algunas dudas de interpretación relativas a algunos supuestos específicos que podrían quedar al margen (152) de la punición del artículo 384 CP, toda vez que los permisos caducados, los permisos extranjeros o los permisos inadecuados al vehículo conducido –*entendiendo tales supuestos como situaciones especiales*–, podrían no incardinarse en el tipo del precepto descrito.

Así, la regulación penal exige no haber obtenido nunca el permiso o licencia de conducción, pero no requiere la vía penal que tal autorización obedezca a un determinado vehículo, ni que el permiso sea exclusivamente válido en España, como tampoco menciona el texto punitivo la caducidad de un permiso ni las clases de vehículos para los que se concede la licencia o permiso.

Ciertamente, centrándonos en los permisos caducados, la conducta típica permite que quede excluida la conducción realizada por quien conduce un vehículo con un permiso caducado, ya que no se englobaría en la conducta reprochable penalmente (153) consistente en no haber obtenido nunca un permiso. Aquí pueden distinguirse dos supuestos, lógicamente; en primer lugar, el de aquellos en los que aunque el permiso esté caducado, este puede renovarse (154); y aque-

---

*quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal».*

(152) *Vid.*, al respecto, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Algunas cuestiones discutidas...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

(153) *Vid.* PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, *op. cit.*, p. 274; MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, *op. cit.*, p. 40.

(154) En este sentido, se ha afirmado que no resulta punible, por tanto, «*circu- lar con un permiso caducado, máxime si es susceptible de renovación*». Cfr. STS de 2 de octubre de 1965. Sin embargo, los permisos no susceptibles de renovación han generado cierta controversia ya que puede admitirse la consumación del delito aunque «no faltaron quienes entendieron que si el precepto lo que exigía era que la conducción se llevara a cabo sin haber obtenido el correspondiente permiso, ese requisito no debía entenderse cumplido si el conductor había obtenido en su día el permiso



llos otros en los que no es posible proceder a la renovación de un permiso que se encuentra caducado, bien porque se hayan perdido o hayan desaparecido las aptitudes o condiciones para conducir, bien por cualquier otra circunstancia que lo impida. Entendemos que en los casos en que el permiso pudiera renovarse, tal conducción no se ceñiría al tipo de injusto penal (155), mientras que si no se pudiera renovar el permiso, tal caducidad operaría de *ope legis* como si nunca hubiera existido, por su total inexistencia –*que requeriría volver a reunir una serie de condiciones y superar una serie de pruebas establecidas en la normativa de cada momento*– y, por tanto, proceder a la conducción supondría en toda regla una conducta peligrosa para la seguridad del tráfico vial y otros bienes protegidos inherentes al mismo. Sin embargo, no parece ser este el criterio seguido en la Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado, que parece ser aún más restrictiva en el marco interpretativo, y en cuya virtud se expone que la fórmula típica excluiría los casos de pérdida de vigencia del permiso por desaparición de las aptitudes y condiciones de renovación, habida cuenta que «*en estos casos no puede decirse que nunca se haya obtenido el permiso de conducción*».

Por tanto, no constituirán una conducta típica penal aquellos supuestos en los que se aprecie una falta de renovación del carné o pérdida de vigencia del permiso cuando se acredite la desaparición de los requisitos relativos a conocimientos, habilidades o aptitudes psico-físicas exigidas para su autorización –*ex artículo 70 RD 6/2015, de 30 de octubre, de Seguridad Vial*–; así como tampoco en los casos de

---

aunque luego caducara y no fuera renovable». Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Últ. op. cit.*, p. 196.

(155) En la STS de 2 de octubre de 1965 se manifestaba que «*sólo se castiga como delito la inexistencia del permiso de conducir, pero no el circular con un permiso caducado, máximo si es susceptible de renovación*».

No obstante, la STS de 15 de febrero de 1969 expuso que en aquellos casos en los que la renovación resulta improcedente y, por tanto, esta no puede tener lugar, por haber perdido el conductor las condiciones y aptitudes para conducir, el permiso pierde su eficacia y vigencia, de manera que la caducidad lo es de pleno derecho, suponiendo una nulidad total del permiso, que podría interpretarse como no haberlo obtenido nunca, y ello porque tan peligrosa resulta una conducción por quien no ha obtenido nunca un permiso como aquella de quien habiéndolo obtenido en su momento, pierde las condiciones y aptitudes idóneas para conducir. *Vid.*, en este sentido, LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Últ. op. cit.*, p. 197.

Por su parte, la Circular de la FGE 10/2011, en su página 63, establece que «*la fórmula típica excluye los casos de pérdida de vigencia de los arts. 63.4 y 63.6 LSV (por desaparición de las aptitudes y condiciones psico-físicas o pérdida de puntos) y de los antiguos arts. 17 y 18 del RGCond de 1997, ahora 12 y 13 del Reglamento de 2009 (la derogada falta de renovación), dado que en estos casos no puede decirse que nunca se haya obtenido el permiso de conducir*».

retirada o suspensión administrativa del permiso, ya que la prescripción punitiva alude a la pérdida del permiso por pérdida de puntos –*debemos de entender, por tanto, que en aquellos casos en los que una autorización administrativa haya sido suspendida cautelarmente en el curso de un procedimiento de declaración de pérdida de vigencia, tampoco será delito en tanto no se produzca una conducción posterior a la notificación de la resolución administrativa*–. Tampoco los supuestos de quebrantamiento de la sanción administrativa de suspensión del permiso o licencia y los supuestos en los que el condenado a pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores no superior a 2 años que, una vez cumplida la condena, no se hubiera superado con aprovechamiento los cursos de sensibilización y reeducación vial (156).

En todos estos supuestos mencionados, podrá existir sanción administrativa pero no penal (157).

En cuanto a los conductores que circulan con el permiso retirado en vía administrativa –*por una autoridad administrativa, no penal*–, la conducta constituirá una nueva infracción administrativa, llevando consigo otra vez la retirada del permiso y la multa económica correspondiente –*además de la posible detracción de puntos* (158)–, por lo

---

(156) *Vid.*, al respecto, PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, *op. cit.*, pp. 264 y 265; MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, *op. cit.*, p. 40.

(157) A pesar de que autores como Prieto González consideran que podría existir sanción penal una vez tengan lugar, además, el resto de presupuestos indicados por nuestra jurisprudencia. *Vid.* PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *Últ. op. cit.*, p. 277. En cambio, apunta Miró Llinares que tal argumentación resultaría incompatible con el «principio de legalidad y con la prohibición de la analogía *in malam partem* en Derecho penal, dado que la decisión del legislador de tipificar expresamente no sólo la conducción sin permiso como quebrantamiento judicial sino también como quebrantamiento administrativo, si bien limitado a un supuesto concreto como es la pérdida administrativa de los puntos, únicamente nos puede llevar a entender que todos los demás supuestos de «quebrantamiento» de una orden administrativa seguirán sancionándose por esa vía y no por la penal. *Vid.* MIRÓ LLINARES, F.: *Últ. op. cit.*, pp. 40 y 41.

(158) Debe de tenerse en cuenta que en el texto originario del RD 339/1990, de 2 de marzo, no se recogía ninguna relación de infracciones con su correlativa pérdida de puntos asignados para los conductores infractores.

Actualmente, el artículo 80 del TRLTC establece que «*La realización de actividades durante el tiempo de suspensión de la autorización llevará aparejada además una nueva suspensión por un período de seis meses al cometerse el primer quebrantamiento, y de un año si se produjese un segundo o sucesivos quebrantamientos*». Por su parte, en el anexo II del TRLTC se establece que en las infracciones que llevan aparejada la pérdida de puntos, y concretamente en el punto 19, supondrá una pérdida de cuatro puntos cuando se proceda a «*Conducir un vehículo teniendo suspendida la autorización administrativa para conducir o teniendo prohibido el uso del vehículo que se conduce*».

que el legislador –*al menos su intención, conforme a la Exposición de Motivos de la reforma de 2007*–, no veía en estos casos satisfecha su voluntad de englobar penalmente todas las conductas que estuvieran relacionadas con la pérdida total de puntos, más aún cuando con el texto originario de la LSV de 1990, la retirada por decisión administrativa del permiso o licencia para conducir no suponía detracción alguna de puntos –*tuvo que esperarse a reformas posteriores. En cambio, en los casos de inadecuación del permiso al tipo de vehículo conducido, sí se podría perder todos los puntos asignados –si bien con reiteración en la conducta infractora*–.

Hallamos otra cuestión controvertida en el caso de los permisos extranjeros, esto es, aquellos casos en los que se produce una conducción por parte de un individuo que carece del permiso o licencia para ello en España, pero sí la tiene con validez de otro país. Una vez más, la literalidad empleada en el precepto daría pie a excluir del tipo estos supuestos, y ello con independencia de que pueda ser o no homologado en España. El hecho de que el tipo exija no haber obtenido nunca el permiso o licencia, daría lugar a que la conducción con las circunstancias descritas no fuera punible, aunque evidentemente sí sería sancionable en vía administrativa. Y es que la norma penal se refiere a la obtención del permiso, no a la validez de un determinado permiso que ampara una conducción en las carreteras de un determinado territorio. No distingue la cuestión territorial. Esto sería lógico toda vez que el artículo 384 CP no alude a ningún requisito legal para que un permiso sea válido o no en España (159). En realidad, un individuo que disponga de un permiso de conducción en un país no adscrito al Convenio Internacional de Ginebra de 1949, no supone en todo caso un peligro para la seguridad de los usuarios de la vía, así como tampoco para la vida e integridad física de las personas. Así, podría afirmarse, desde un punto de vista taxativo y poco restrictivo en el ámbito penal que, efectivamente, no sería válido dicho permiso por cuanto que no tiene validez ni desprende efectos jurídicos en España, pese a que no atente realmente al bien jurídico protegido del delito de manera directa. Por su parte, la posición que defendemos, y que parece mayoritaria (160), es aquella en la que siendo un trámite, en su caso, o un

---

(159) *Vid.*, al respecto, la STS 977/2010, de 8 de noviembre.

(160) A modo de ejemplo, la SAP de Ourense de 17 de octubre de 2008, puntualizó que es evidente que aquellas personas que «*disponen de un permiso de conducir expedido legalmente por las autoridades de otra nación y por tanto no pueden resultar incluidos en los conductores que nunca han obtenido permiso o licencia de conducción, dado que efectivamente sí los han obtenido pero no son válidos en España, posición que sustenta la propia redacción del citado precepto y que no dis-*

impedimento administrativo de convalidación del permiso o licencia el que pudiera faltar para que un individuo pudiera circular legalmente en España, no es coherente considerar que sea el Derecho penal el que deba sancionar tal conducta y, por tanto, debiera excluirse de la interpretación de la aplicación del tipo del artículo 384 tal posibilidad (161).

En este sentido, Miró Llinares plantea algunos supuestos que no resultan insignificantes a la hora de interpretar el tenor literal del precepto (162). Así, ¿qué ocurrirá en aquellos supuestos en los que se procede a la conducción en España teniendo privado el permiso de conducir en el extranjero? Resulta evidente que las autoridades españolas pueden negarse a expedir o reconocer la validez del permiso o licencia correspondiente, pero se antojará complicado que estos casos resulten sancionados como quebrantamiento de condena ya que ni se tenía un permiso o licencia española ni la privación ha sido impuesta por jueces españoles. Distinto sería si la licencia hubiera sido concedida por un Estado miembro de la UE y fuera un juez español el que le privase de la misma (163).

En estos casos, sin perjuicio de la sanción administrativa correspondiente, el tenor literal del tipo no permite la incardinación de la conducta del acusado en el artículo 384.2 CP porque «*esta norma tipifica la conducción de vehículos son haber obtenido nunca el conductor el permiso de correspondiente*» (164). Por lo tanto, un extranjero podrá conducir en España con los requisitos administrativos correspondientes, no incurriendo en el tipo penal (165) del artículo 384, sin generar peligro para la seguridad del resto de los usuarios o para la vida e integridad física de las personas, ya que ha superado unas determinadas pruebas técnicas de conducción y es conocedor de las reglas de circulación más elementales (166). Y es que como bien apunta Lanzarote Martínez, el precepto se refiere «a la obtención no a la vali-

---

*tingue entre permisos obtenido en España o en el extranjero y que tengan o no validez en el momento de la conducción».*

(161) En este sentido, se ha afirmado por la SAP de Barcelona de 16 de octubre de 2008, que «*una cosa es carecer de permiso de conducir y otra disponer de él (es decir, haber superado las pruebas de aptitud necesarias) pero encontrarse pendiente de algún trámite administrativo*».

(162) Vid. MIRÓ LLINARES, F.: *El «moderno» Derecho Penal vial...*, op. cit., p. 42.

(163) Vid. MIRÓ LLINARES, F.: *Últ. op. cit.*, p. 42.

(164) Cfr. SAP de Álava 201/2009, de 24 de junio.

(165) Al respecto, vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Algunas cuestiones discutidas...*, op. cit., p. 197.

(166) Vid. SAP de Barcelona 746/2010, de 16 de septiembre; SAP de Castellón 435/2010, de 4 de noviembre; SAP de Tarragona 484/2009, de 16 de noviembre, entre otras.

dez en nuestro derecho del permiso con el que se conduce. No distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional. La expresión nunca refuerza esta interpretación» (167). De hecho, ha establecido el Tribunal Supremo en virtud de STS 977/2010, de 8 de noviembre, que «*el art. 384 CP no exige que el permiso de conducir tenga que reunir unos determinados requisitos legales para su validez en España*». Ahora bien, si un conductor nacional se ve privado de la autorización legal para conducir vehículos a motor o ciclomotores, tras la imposición de una pena de privación del derecho a conducir igual o inferior a dos años –*pero no pierde la vigencia el permiso, al no superar la pena los dos años de duración, ex artículo 47, párrafo tercero CP y, por tanto, al cumplir la pena recuperará la habilitación para conducir, tras la realización del pertinente curso de sensibilización*–, ¿podría en ese caso conducir un vehículo a motor o ciclomotor fuera de España, al mantener la vigencia el permiso pero no poder conducir en virtud de la sentencia impuesta por un juez o tribunal español? En este último caso entendemos que habría que atender a la normativa comunitaria y convenios internacionales en los que España sea parte, constituyendo, en el peor de los casos, una mera infracción administrativa, no merecedora de sanción penal.

Finalmente, en cuanto a la conducción de un vehículo con un permiso de categoría distinta a la exigida para un tipo concreto de vehículo, y el debate que la misma ha generado acerca de si constituye o no un delito, es cierto que el legislador podría haber afinado su técnica redactora (168) si hubiera hecho referencia al «permiso o licencia correspondiente» (169), en lugar de la actual expresión «*permiso o licencia exigido por la legislación vigente*». Debe tenerse en cuenta que el precepto penal no describe ni hace referencia a qué tipo de permiso afecta la conducción realizada (170). En este sentido, debe de tenerse en cuenta que con la vigencia del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprobaba el Reglamento General de Conductores, en vigor hasta el 8 de diciembre de 2009, resultaba preciso disponer, para la con-

---

(167) Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *Algunas cuestiones discutidas...*, op. cit., p. 198.

(168) Vid. GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384...*, op. cit., p. 458, quien menciona la técnica perfectamente mejorable por el legislador español.

(169) Cfr. PRIETO GONZÁLEZ, H. M.<sup>a</sup>: *El delito de conducción sin permiso...*, op. cit., p. 275.

(170) No obstante, con los permisos inadecuados no podemos hablar de laguna jurídica, y ello porque el infractor será sancionado en vía administrativa con la pertinente multa y detracción de puntos, y en caso de que tal conducta persista, acarrearía la pérdida de vigencia del permiso y, en su caso, posteriormente la comisión del delito del art. 384 CP.

ducción de vehículos a motor, de un permiso de conducir determinado en función de la categoría del vehículo que se pretendía manejar; sin embargo, para el caso de ciclomotores, resultaba preciso contar con la licencia de conducción al efecto. De esta manera, podría afirmarse que quien estuviera en posesión de la licencia para conducir un ciclomotor y condujera un turismo, por ejemplo, sí estaría cometiendo un delito del artículo 384 por cuanto que nunca habría obtenido un permiso de conducción, sino una licencia, y viceversa. Ahora bien, tras la entrada en vigor del Reglamento General de Conductores, aprobado en virtud del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo (171), la naturaleza de las distintas clases de permisos y licencias se alteró sustancialmente, de manera que, desde entonces, tanto para la conducción de los vehículos a motor como de los ciclomotores se exige estar en posesión de un permiso de conducir (172), existiendo diferentes clases de permisos y exigiéndose

---

(171) Y para ser más precisos, concretamente, tras la publicación del Real Decreto 64/2008, de 25 de enero, que modificaba el RGC de 1997, puso de manifiesto en su parte preambular que *«El alarmante aumento de la siniestralidad de las motocicletas que se viene produciendo en los últimos tiempos, resulta especialmente acusado en las de mayor cilindrada. Uno de los factores que, de manera clara, ha contribuido a este aumento es el de la falta de experiencia en la conducción de estos vehículos. Para atajar esta situación es imprescindible adoptar una serie de medidas que pasarán, necesariamente, por incorporar a nuestra normativa las previsiones que las Directivas comunitarias ponen a disposición de los estados miembros para reforzar las exigencias generales de acceso a la conducción de estos vehículos. Entre estas medidas está la de exigir, para el acceso a la conducción de las motocicletas de mayor potencia, una experiencia previa en la conducción de las motocicletas de las categorías inferiores a las que autoriza el permiso que se pretende obtener, así como la de establecer como obligatoria la superación de las pruebas de control de aptitudes y comportamientos previstas para la obtención de cada clase de permiso, suprimiendo las exenciones vigentes. Además, por lo que se refiere a los ciclomotores, se retrasa la edad mínima necesaria para obtener la correspondiente licencia de conducción a los quince años cumplidos y se exige, en todo caso, la superación de una prueba de control de aptitudes y comportamientos en circuito cerrado. Asimismo, se prevé la prohibición de que sus titulares puedan transportar pasajeros hasta que tengan dieciocho años cumplidos. Aparte de estas medidas, se elimina el plazo máximo de cuatro años previsto en el vigente Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo para poder solicitar la prórroga de la vigencia de los permisos y licencias de conducción sin necesidad de volver a superar las pruebas de control de conocimientos y de aptitudes y comportamientos correspondientes»*.

(172) Cabe afirmar que en los Anexos IV y V del RGC, se regulan las aptitudes psicofísicas requeridas para la obtención o prorrogar la vigencia del permiso o licencia de conducción y las pruebas a realizar por los solicitantes de las distintas autorizaciones respectivamente. Entre las pruebas exigidas para obtener el permiso de conducción de ciclomotores se contempla la aptitud psicofísica, control de conocimientos y control de aptitudes y comportamientos.

licencias (173) exclusivamente para el caso de proceder a conducir vehículos por personas de movilidad reducida y de vehículos especiales agrícolas autopropulsados.

Sin embargo, deben apreciarse algunas excepciones (174) o situaciones anómalas que sí merecerían reproche penal. Así, el tipo penal, el cual goza de un tratamiento jurídico uniforme, sanciona «*al que conducjere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción*», lo cual sí podría hacerse extensivo, en el caso de inadecuación del tipo de permiso, al poseedor de una licencia para conducir ciclomotor y conduce un camión, o el conductor que dispone de un permiso para conducir un turismo y conduce un autobús de transporte escolar con pasajeros, o un camión con mercancías peligrosas. Vemos, en estos casos, que el bien jurídico protegido del delito resulta atentado, generando un riesgo y peligro evidente para la circulación, vida e integridad de los viajeros y usuarios de la vía pública. Por tanto, con la normativa actual quedaría impune –*será sancionable en virtud del régimen administrativo sancionador* (175)– la conducción de un camión, por ejemplo, por un sujeto que disponga del permiso para conducir un vehículo a motor

---

(173) Establece el artículo 6 del RGC que «1. La licencia de conducción, teniendo en cuenta los vehículos cuya conducción autoriza, será de las siguientes clases:

a) Para conducir vehículos para personas de movilidad reducida.

La edad mínima para obtenerla será de catorce años cumplidos. No obstante, hasta los dieciséis años cumplidos no autorizará a transportar pasajeros en el vehículo.

No se exigirá esta licencia a quien sea titular de un permiso de conducción de las clases A1 o B en vigor y en el caso de que su titular obtenga un permiso de alguna de estas clases, la licencia de conducción dejará de ser válida.

b) Para conducir vehículos especiales agrícolas autopropulsados y sus conjuntos cuya masa o dimensiones máximas autorizadas no excedan de los límites establecidos para los vehículos ordinarios o cuya velocidad máxima por construcción no exceda de 45 km/h.

La edad mínima para obtenerla será de dieciséis años cumplidos.

No se exigirá esta licencia a quien sea titular de un permiso de conducción de la clase B en vigor y en el caso de que su titular obtenga un permiso de esta clase, la licencia de conducción dejará de ser válida.

2. Si una persona fuera titular de más de una clase de licencia de conducción, todas ellas deberán constar en un único documento».

(174) Vid., al respecto, SOLA RECHE, J. M.: *Los viejos problemas de los nuevos delitos...*, op. cit., p. 30; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación...*, op. cit., 2.<sup>a</sup> ed., pp. 788 y ss.; TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, op. cit., pp. 432 y ss.

(175) En el anexo II del TRLTC se establece, en las infracciones que llevan aparejada la pérdida de puntos, y concretamente en el punto 8, la de «Conducir un vehículo con un permiso o licencia de conducción que no le habilite para ello», siendo sancionada dicha conducta con una pérdida de cuatro puntos, sin perjuicio de la multa económica que se imponga.

«normal», como pudiera ser un coche. Es decir, se exceptuaría del tipo penal la conducción bajo el amparo de un permiso para una categoría diferente a la del tipo de vehículo que se conduce.

Hallamos situaciones adicionales que deben de quedar exentas de incluirse en el tipo del artículo 384 CP, como pudieran ser aquellos supuestos en los que un conductor –*sin licencia o permiso de conducción alguno*– retira un vehículo con la exclusiva intención de apartarlo del lugar en el que se encontraba, obstaculizando el tráfico (176), como tampoco el individuo que se encuentra al volante de un vehículo con meras funciones de aprendizaje, siempre que vaya acompañado de un profesor debidamente titulado al efecto. En este último caso, puede advertirse que el conductor es el profesor (177), que además lleva mandos adicionales, siendo este el único responsable de la conducción. Así mismo, tampoco resultaría constitutivo de delito el hecho de circular con turismos por las vías públicas disponiendo exclusivamente de permisos o licencias que no hayan sido expedidos por las Jefaturas Provinciales de Tráfico, como es el caso de los militares que no tengan permiso civil, pero que sí disponen del permiso militar (178) –aunque esto generaría un debate relativo a la forma de proceder para la detracción de puntos correspondiente, ya que no sería posible, o cómo le podría afectar el régimen sancionador administrativo–; o los conductores habilitados únicamente para competir en circuitos de velocidad. De igual manera no resultaría típica, por falta de lesividad de la conducta (179), la conducción una vez el sujeto ha superado los

---

(176) *Vid.* STS de 13 de noviembre de 1956.

(177) No tendría la misma consideración otra persona, como un familiar o un amigo, que cede su vehículo a alguien que desea aprender a conducir y no dispone aún de licencia o permiso para ello. En estos habría responsabilidad para quien se halla al volante y también para el cedente del vehículo, como posible cooperador necesario del delito.

(178) *Vid.* GARCÍA DEL BLANCO, V.: *El artículo 384...*, *op. cit.*, p. 502.

(179) *Vid.* TRAPERO BARREALES, M.<sup>ª</sup> A.: *Los delitos contra la seguridad vial...*, *op. cit.*, pp. 401 y 402. En este sentido, señala la autora, a modo de ejemplo, que si bien existe un plazo común para todo conductor que ha perdido la vigencia del permiso, no sucede lo mismo con el tiempo que puede transcurrir hasta la realización de los cursos de reeducación y sensibilización vial encaminados para la obtención del permiso. De este modo, el retraso no imputable al conductor en la realización de dichos cursos y en las pruebas para la obtención del permiso tiene consecuencias evidentes en la duración temporal de la prohibición de practicar la conducción de un vehículo o ciclomotor, de manera que el trato que se otorga a los conductores será diferente, entrando en escena el azar, bajo la amenaza de pena. Propone la autora, como alternativa a la proliferación de esta inseguridad jurídica, abrir la posibilidad de realizar los cursos de reeducación y sensibilización vial mientras se está cumpliendo el plazo relativo a la pérdida de la vigencia del permiso, quedando aplazada sólo la



requisitos exigidos para recuperar el permiso de conducción, aunque el mismo se expida por la Administración con posterioridad.

Es evidente que resulta necesaria la derogación de la tipificación penal –*devolviendo exclusivamente tal regulación al Derecho administrativo sancionador*– de las conductas consistentes en realizar la conducción sin permiso por no haberlo obtenido nunca o porque se hayan perdido todos los puntos asignados legalmente. Al menos, debiera de proceder una derogación parcial, o una depuración de la redacción del tipo penal. Así, para Trapero Barreales sería punible desde el punto de vista del Derecho penal, exclusivamente, la modalidad de conducción sin permiso por haber sido privado del mismo por decisión judicial. En este sentido, propone la autora una alternativa, la cual compartimos, que es la introducción de «una circunstancia agravante basada en la falta de pericia del conductor que no posee permiso o licencia de conducción» (180).

## 6. CONCLUSIONES

El Código Penal de 1928 fue la primera norma penal que recogió como delito la conducta de conducir un vehículo sin licencia, castigando al que condujere los vehículos o aparatos de locomoción o transporte para cuya conducción se necesite aptitud determinada, sin certificación que acredite ésta.

Posteriormente, la conducta mencionada pasó a sancionarse en el ordenamiento administrativo (despenalizándose, por tanto), hasta que nuevamente, con la Ley de 9 de mayo de 1950 retornó el carácter penal de la infracción, que sancionaba a quien condujere un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello. Esta norma sería derogada y sustituida por la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962, la cual sancionaba la conducción sin la previa obtención del permiso.

La Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal, introduciría nuevamente el delito en el texto punitivo, creando a su vez un nuevo Capítulo, cuya rúbrica era «*De los delitos de riesgo en general*», con una primera Sección, «*De los delitos contra la seguridad del tráfico*». En este sentido, el artículo 40 bis c) CP

---

realización de la prueba para obtener nuevamente el permiso de conducción, en tanto finaliza aquel plazo.

(180) Cfr. TRAPERO BARREALES, M.<sup>a</sup> A.: *Últ. op. cit.*, p. 381.

se dirigía al que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso.

Tras las numerosas voces críticas exteriorizadas, se recuperó la sanción como infracción administrativa, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio de 1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de manera que nuevamente el delito quedaba suprimido.

Finalmente, la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modificaba el texto punitivo en materia de seguridad vial, introduciría en el ámbito penal las conductas sancionadas en el actual artículo 384, no resultando baladí ni las críticas recibidas ni el proceso de elaboración normativa por los problemas que podría ocasionar entre el ámbito administrativo y el penal, ya que dicha conducta se sancionaba en la LSV de 1990.

Ciertamente, el delito constituyó desde entonces una norma penal en blanco, ya que para completar la regulación de la conducta típica se debía acudir a normas administrativas. Y es que estamos ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante acciones que suponen la creación de un riesgo, aunque de características abstractas o presuntas y no concretas, para la seguridad vial, y por tanto, un genuino delito de peligro abstracto. En este sentido, con acierto el más alto tribunal ha señalado que nos encontramos «(...) *ante un delito contra la seguridad vial construido sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria que el legislador quiere erradicar mediante una norma penal*». Se atribuye así, al tipo penal, la naturaleza de un quebrantamiento especial, de desobediencia, de delito formal.

Hasta la reforma de 2007 podía sostenerse que el bien jurídico protegido de estos delitos era la seguridad colectiva y/o la seguridad del tráfico, tomando estos bienes como intermediarios para la final protección de bienes jurídicos particulares, como son la vida e integridad de las personas, e incluso se incluían también bienes materiales o patrimoniales como bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, un giro radical tuvo lugar en 2007 al introducirse la nueva rúbrica del Capítulo IV, que pasó a denominarse «*De los delitos contra la seguridad vial*», pero se continuó con la premisa de que el bien jurídico protegido era la seguridad colectiva. Por tanto, vemos cómo se parte de la premisa de que el bien jurídico protegido es la seguridad colectiva, o como bien jurídico intermediario para la final protección de bienes individuales, como lo son la vida e integridad de las personas, lo que

podría convertirle en un tipo penal mixto –*tutela en cierto modo el derecho administrativo*– que tiene una dosis protectora de la desobediencia generada por el conductor, compatible con la protección de la seguridad vial, que a su vez persigue la protección de la vida e integridad de las personas.

El artículo 384 CP regula y contempla las distintas modalidades delictivas del delito, y vislumbra la respuesta penal diseñada por el legislador ante tales infracciones. En este sentido, se contemplan las conductas basadas en: 1) Proceder a la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor tras la pérdida del total de los puntos legalmente asignados, que consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor cuando el conductor ha perdido previamente los puntos que legalmente se le asignaron al obtener el permiso de conducir, y cuya motivación de la tipificación penal de esta conducta ha sido la de dar apoyo al nuevo sistema de carné por puntos, pues de lo contrario se pensaba que dicha regulación no se lograría mantener en el tiempo; 2) La conducción de un vehículo a motor o ciclomotor habiendo sido privado judicialmente del permiso de conducir, conducta que engloba, a su vez, tres modalidades distintas, a saber, la conducción quebrantando una medida judicial cautelar; la conducción quebrantando una condena de privación del permiso o licencia por decisión judicial en un procedimiento contencioso-administrativo de quien, sancionado a perder el permiso o licencia por pérdida de puntos, agota la vía administrativa y acude a la jurisdicción contencioso-administrativa; la conducción quebrantando una condena de privación definitiva del permiso o licencia por decisión judicial en un procedimiento penal como pena principal o accesoria. 3) Conducción de un vehículo a motor o ciclomotor sin la previa adquisición de la licencia pertinente, constituyendo un delito de mera actividad fundamentado en la desobediencia, la cual ostenta dos elementos integrantes de la conducta típica: la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor y la carencia del permiso o licencia de conducción.

La descripción típica del delito no hace referencia alguna a que tal conducción deba de realizarse poniendo en peligro al resto de usuarios. Pero es que además, carecer del permiso o licencia de conducción no significa necesariamente que el conductor carezca de los conocimientos, capacidades y habilidades necesarios para realizar una conducción segura, dentro de los límites del riesgo permitido. En definitiva, podemos afirmar que nos encontramos ante un delito cuya naturaleza jurídica es la de un delito de peligro abstracto que no exige que se haya puesto en peligro de forma concreta ninguno de los bienes jurídicos cuya tipificación trata de proteger, siendo al mismo tiempo

un delito de mera actividad que se comete por el solo hecho de conducir sin haber obtenido el permiso.

En realidad, observamos con recelo la introducción del delito en la forma en que esta ha tenido lugar, pues no parece convincente que para justificar la tipificación de la conducta se trate de argumentar la elevada cifra de posibles sujetos que conducen sin el correspondiente permiso o licencia, bien por no haberlo obtenido nunca, por haber sido privado del mismo judicialmente, o como consecuencia de la pérdida de puntos. ¿Realmente era necesario penalmente tipificar la conducta relativa a la conducción sin haber obtenido nunca un permiso para proteger a la seguridad vial? Esto podría tener sentido si los estudios empíricos sobre siniestralidad denotasen sin ningún género de duda que existe un porcentaje lo suficientemente elevado –*en relación con el resto de infractores viales*– como para considerar que tales cifras han sido generadas como consecuencia de la existencia de conductores que realizan la maniobra de la conducción en alguna de las modalidades contempladas en el artículo 384 CP.

Y es que se ha generado una presunción *iuris et de iure* de que aquellos conductores que no tienen permiso o licencia administrativa en vigor realizan una conducción que automáticamente crea un peligro notorio para la seguridad vial. Si bien es cierto, esto no resulta del todo correcto, pues no queda demostrado empíricamente que exista una relación causal entre accidentalidad y ausencia de permiso o licencia del conductor.

No obstante lo anterior, la «imprecisa» redacción del artículo 384 CP permite la existencia de conductas que quedarían al margen de la sanción penal y que, sin embargo, podrían perfectamente atentar contra el mismo bien jurídico protegido y que manifiestan idéntico grado de peligrosidad en la conducción que las conductas reprochadas penalmente. Quizá el legislador no haya caído, o más bien no haya incluido voluntariamente algunas conductas que quedarían excluidas del tipo penal, como supuestos especiales que se encontrarían exentos de reproche penal –*no de sanción administrativa*–. Habrá que esperar a próximas iniciativas legislativas para observar cómo evoluciona la redacción del precepto que, muy probablemente, no permanezca inalterado por un largo tiempo. Y es que realizando un recorrido de la evolución legislativa de las conductas descritas se pone de manifiesto que quizá se trate de un delito de ida y vuelta. El tiempo podrá dar razón de ello.



# Elementos de la culpabilidad penal

MARIO SÁNCHEZ DAFAUCE

*Doctor en Derecho  
Profesor Visitante de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid*

## RESUMEN

*La culpabilidad penal puede ser definida como la capacidad normal de motivación (el principio de culpabilidad) y como la capacidad disminuida de motivación cuando no hay deseo o posibilidad de singularizar las dificultades de motivación como el origen del hecho antijurídico. Esto último es un fracaso del principio de culpabilidad, pues hay un sector de problemas (desigualdad y desprotección social) en los que la culpabilidad se resume en desnuda respuesta a las necesidades de protección del sistema social; por lo tanto, en una prolongación automática de la antijuridicidad.*

*Palabras clave: Culpabilidad, prevención general, principio de culpabilidad, asequibilidad normativa, desigualdad, desprotección.*

## ABSTRACT

*This article analyzes criminal responsibility, which is formed by three elements: prevention, culpability and preservation of the social system. If we are to integrate the preservation of the social system as part of the culpability analysis, it is necessary to first address the impact of inequality and lack of social protection of individuals while assessing criminal responsibility.*

*Keywords: Culpability, general prevention, principle of culpability, normative accessibility, inequality and lack of social protection.*

SUMARIO: I. Culpabilidad y prevención general.–II. Funcionalismo.–III. Prevención general positiva.–IV. Principio de culpabilidad.–V. La necesidad de persistencia del sistema.–VI. Principio de culpabilidad y sistema social.

## I. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL

La culpabilidad por el hecho ha de ser examinada como una asociación entre pena y pretensión de ordenación de conductas, pues como afirma Roxin de modo categórico: «El fin de la conminación penal es, en primer lugar, de pura prevención general» (1). La culpabilidad es el factor que, añadido al injusto, permite la aparición de la pena. Culpabilidad e injusto definen el ámbito de la prevención general (2). El injusto constituye su materia, lo elegido como objeto de intervención, y la culpabilidad su ámbito personal de aplicación. Esta

(1) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2006, 3/42, p. 87; también ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana (1994) por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 3/41, p. 97. En el presente trabajo se estudia la culpabilidad por el hecho. Un esbozo de una culpabilidad cuyo conflicto no es solo el hecho antijurídico, en ZABEL, «¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de la culpabilidad», *InDret Penal*, Barcelona, 1/2018, traducción de Andrés Falcone. La culpabilidad por el hecho es, no obstante, un aspecto limitador de la culpabilidad penal, mínimo para la legitimación democrática del sistema penal, QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, Morales Prats (Colaborador), 5.<sup>a</sup> edición, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 277. «Sólo es admisible una culpabilidad por el hecho y no cabe una culpabilidad por el ánimo o el modo de vivir o por cualquier otro elemento de juicio ajeno al hombre en cuanto protagonista del hecho concreto que se está valorando y juzgando», Quintero Olivares, *PG*, 2015, p. 277.

(2) Así dice SCHÜNEMANN que entre «el fin de la pena de la prevención general por la conminación y la legitimación a través del principio de culpabilidad existe (...) plena congruencia», y ello «en la forma de delimitación de la prevención general según la capacidad individual de evitar del autor». A su vez, la cuestión de los fines de la pena debe responderse desde la perspectiva de la norma primaria, o sea, de la prevención general de conminación, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (Ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 96-97. Para cualquier aproximación a las relaciones entre culpabilidad y prevención, véase PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.

última consiste en una selección de los individuos aptos para ser destinatarios y portadores de un deber, lo que significa: *para recibir un mensaje anterior a la sanción* (3).

El juicio de lo que ha de ser prevenido —aspecto objetivo de la prevención general— y el juicio de a quién se le ha de imponer el deber de hacer o no hacer —aspecto subjetivo de la prevención general— se efectúan con ayuda de diversos factores, presentados habitualmente como la traducción penal de exigencias constitucionales: para el injusto, la teoría del bien jurídico, la teoría del tipo y la teoría de la antijuridicidad material; y para la culpabilidad, el principio de culpabilidad (4).

En sede de culpabilidad, *la afirmación de un principio de culpabilidad representa la definición de un campo de pretensiones penales de prevención general más restringido que el campo de posibilidades fácticas de prevención general*. De lo contrario, no habría lugar a principio alguno. La culpabilidad, por mediación del principio de culpabilidad, queda circunscrita a un ámbito más reducido que el abierto por las posibilidades de prevención general, de modo que la inculpabilidad alcanza a más sujetos que al incapaz total de motivación. A dicho ámbito se asocia la pena como consecuencia jurídica del delito.

Si se estima que en la propia conminación penal han de hacerse valer las exigencias derivadas de una legitimación preventivo-general de la pena —la cual, como criterio legitimador, lo es de toda pena—, el campo de la prevención general será, exclusivamente, el de todas y cada una de las conductas cuya evitación es posible mediante la previsión de pena; posibilidad que, en último término, se hace depender de la asequibilidad normativa del sujeto activo o de su normalidad motivacional (5).

---

(3) Véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, *passim*.

(4) LUZÓN PEÑA concibe la culpabilidad como un filtro para la atribución de la gravedad objetiva y subjetiva del hecho injusto, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 16/11 y 26/45, pp. 223 y 492. En el mismo sentido, y con un detallado análisis crítico de los llamados elementos subjetivos de la culpabilidad, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 5, n. 9, 2013, pp. 26-32.

(5) La asequibilidad normativa como fundamento material del juicio de culpabilidad es aquí tomada como un mero presupuesto de trabajo. En profundidad, GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140-161. En opinión de ROXIN, con este presupuesto no se afirma «que el hombre *sea* libre en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sino que debe ser *tratado como libre* dada una capacidad intacta de autoconducción y, con ello, una dirigibilidad normativa. La presunción de libertad es



Todos aquellos casos, desde el fortuito hasta, como aquí interesa, la anormalidad motivacional, en los que se estima que dicha evitación no puede obtenerse, constituirán un *imposible preventivo-general*, y la impunidad será el resultado de una ausencia de conminación obligada por el propio fundamento de la pena. El inculpable no puede ser utilizado con fines preventivo-generales, pues la renuncia a la pena implica la expulsión automática del inculpable del ámbito de la prevención general intimidatoria, de modo que para él *no hay fase de conminación penal en tanto no hay amenaza de pena* (6).

## II. FUNCIONALISMO

La vinculación entre culpabilidad y prevención general pone de relieve que la creación de un contenido material del principio de culpabilidad basado en la capacidad de motivación es una consecuencia

---

así para el determinista una regla del juego social, cuyo valor en la sociedad es completamente independiente del problema epistemológico y científico-natural del libre albedrío», «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, n.º 30, 1986, p. 685, traducción de Silva Sánchez. También KELSEN estima que para «reconciliar la idea de libertad, que prevalece en la sociedad como orden normativo, con la ley de causalidad, que prevalece en la naturaleza como orden causal, no es necesario recurrir a la concepción metafísico-religiosa que subyace al indeterminismo. La reconciliación es posible dentro de la Ciencia racional siempre que reconozcamos que la imputación es un principio diferente de causalidad pero análogo a él. El uno realiza en las ciencias sociales lo que el otro en las naturales. Esta explicación parece satisfactoria. Así se diluye el problema ficticio de una supuesta antinomia indisoluble entre la necesidad natural y la libertad social. Lo que parece ser una contradicción entre dos filosofías que difieren de modo fundamental y [son] irreconciliables –una visión empírico-racional del mundo y otra visión, metafísica– es de hecho un paralelismo entre dos sistemas de conocimiento distintos –ambos racionales y empíricos–, entre dos métodos diferentes mediante los cuales el conocimiento relaciona los objetos entre sí. Ambos métodos son perfectamente compatibles entre sí: es el dualismo de la causalidad y la imputación», «Causalidad e imputación», en *¿Qué es Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 250-251. KARG critica esta perspectiva: con la asequibilidad normativa se pasa de una mera hipótesis de libertad a una mera hipótesis de motivabilidad, *Kritik des Schuldprinzips: eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, Campus, Frankfurt, New York, 1982, p. 246. Véase, también, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984 (2.ª reimpresión, 1992), pp. 449-452.

(6) Tampoco la hay para el *normativamente* incapaz de motivación, salvo que se le amenace con una medida de seguridad; al respecto, SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87-94. En el núcleo de la prevención general negativa está encerrada una *prevención especial conminatoria*. La intervención coactiva y directa sobre el inimputable es siempre posdelictiva.

predecible dado un fundamento preventivo de la pena, y obliga con ello a desviar la habitual crítica al principio material de culpabilidad hacia el terreno de la teoría de los fines de la pena. Esto último es precisamente lo que hace Jakobs cuando, con la confirmación de la vigencia de la norma, excluye toda vocación preventiva de la pena y convierte en teoría de la pena la teoría de los *fines* de la pena (7). Esta limitación, no obstante, solo aporta un contenido explicativo propio si con la idea de fin de la pena desaparece igualmente la idea de fin de la norma. De no ser esto así, y si se estima que el fin de la norma es la evitación de un hecho, la pena, al confirmar la norma, confirmará un fin, y la aportación de Jakobs en este punto consistirá en que, de decir que el fin de la pena es la evitación del delito, se habrá pasado a decir que la pena sirve al fin de la evitación del delito con la confirmación de la norma (8).

Hay que decir, por lo tanto, que la confirmación de la vigencia de la norma –que es la confirmación de la estructura social– *se produce cada vez que no se realiza un delito y no solo cada vez que se aplica una pena* (9). La confirmación de la vigencia de la norma encierra un momento consistente en la confirmación de la determinación preten-

---

(7) «En todo caso, tal fin [el fin de la pena], si es que se quiere hacer uso de ese término, recibiría una denominación completamente desdibujada con un *ne peccetur*. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidad al Derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos», JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 15-16, traducción de Cancio Meliá.

(8) Así entiende MOLINA FERNÁNDEZ que «lo que no tiene sentido es pretender que la norma de conducta cuya infracción es la antijuridicidad, tiene ya como función proteger su propia validez», *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 72, nota 65. Con la supresión de la noción de bien jurídico, era clara la progresiva difuminación del contenido aflictivo de la pena como violencia punitiva del Estado. La exclusión de una de estas cuestiones del debate científico implicaba la exclusión de la otra. Esto lo expone con claridad Mir Puig cuando afirma que una razón importante para oponerse a la propuesta de Jakobs de prescindir de la noción de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma es su deriva autoritaria. Así, mientras que «el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de JAKOBS invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado», MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-02 (2004), p. 7.

(9) Como dice ADORNO, «funcionar como un fin en sí mismo, separado de eso para lo que funciona, no es menos contradictorio que cualquier contradicción lógica, y la ciencia que enmudeciera ante ello sería irracional», «Introducción a *La disputa*

dida por la norma; momento debido a la amenaza de pena. Lo que ocurre es que ello está de tal forma interiorizado que solo raramente es tomado en consideración. Esta interiorización es el punto de partida de cualquier teoría de la prevención general positiva.

Jakobs ha suavizado el rigor de su funcionalismo en obras posteriores. Así, en «Diez años después: el Derecho penal del enemigo» (10), estudia la coacción jurídica y la orientación por instituciones jurídicas (11). La coacción jurídica «despersonaliza al sujeto obligado; decir algo diferente sería palabrería bella, pero palabrería al fin y al cabo. La coacción jurídica es, sin embargo, jurídicamente una administración adecuada del ámbito de organización del sujeto obligado, pero dicha coacción es, precisamente, una *heteroadministración* y –con ello– una disminución del ámbito personal del obligado» (12). Jakobs estima que «en la coacción jurídica el Derecho permite u obliga a "maltratar" al sujeto a quien se obliga como parte de la naturaleza, esto es: en ese sentido no se le trata como persona, aunque sea su propia personalidad la que haya debido primeramente desencadenar ese permiso o ese mandato» (13); sin olvidar que «la coacción jurídica es provocada mediante una acción antijurídica» (14). Asimismo, «una expectativa normativa requiere de una corroboración cognitiva si pretende servir para la orientación real de los ciudadanos y no únicamente para la orientación abstracta. Y, por eso mismo, por la cimentación cognitiva, ¡es por lo que se vincula el Derecho con la facultad para coaccionar!» (15). Por ello, «el sistema únicamente podrá "sobrevivir" a largo plazo cuando la comunicación, en tanto que afecte a actos reales, represente los actos dañosos como no debidos y los actos admisibles como perfectamente debidos» (16).

Como no se puede decir sino que la pena es la *cimentación cognitiva de la coacción jurídica predelictiva tendente a evitar los actos dañosos para la supervivencia de la sociedad*, y como –a medio plazo– no parece viable una orientación de conductas sin coacción conminatoria, esta construcción de Jakobs desemboca en la sencilla tesis clásica de que la aplicación de la pena confirma la realidad de la amenaza inherente a la conminación penal.

---

*del positivismo en la sociología alemana*», *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, Akal, Madrid, 2004, p. 286, traducción de González Ruiz.

(10) *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 2011, n.º 105, pp. 5-25.

(11) JAKOBS, 2011, pp. 6-16.

(12) JAKOBS, 2011, p. 8.

(13) JAKOBS, 2011, p. 8.

(14) JAKOBS, 2011, p. 9.

(15) JAKOBS, 2011, pp. 11-12.

(16) JAKOBS, 2011, pp. 10-11, nota 20.

### III. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La prevención general positiva tiene un acomodo complejo en el ámbito de la culpabilidad penal (17). Una estupenda definición de prevención general positiva puede encontrarse, *avant la lettre*, en Spinoza, quien afirma que «como la razón enseña a practicar la piedad y a mantener el ánimo sereno y benevolente, lo cual no puede suceder más que en el Estado; como, además, no se puede conseguir que la multitud se rijan como por una sola mente, cual debe suceder en el Estado, a menos que goce de derechos establecidos por el dictamen de la razón; no resulta tan inadecuado que los hombres que están habituados a vivir en el Estado llamen pecado a lo que contradice el dictamen de la razón, puesto que los derechos del mejor Estado (...) deben estar fundados en ese dictamen» (18).

Se trata de una manifestación *moderna* de la política como educación, el problema teórico clásico del que no debe desprenderse su última manifestación técnica, es decir, la prevención general positiva. La política como educación es la pretensión de superar la fragmentación de la conciencia sin renunciar al individuo, cuya protección y servicio es el fin del Estado, y no al revés. La recta razón es el único modo posible de legitimar la coacción, pues, en tanto la norma es de todos, el infractor disiente de sí mismo. Este disenso es la prolongación organizada del pecado contra uno mismo propio del estado de naturaleza. La legitimidad de la coacción en conciencia procede de un mandato previo, la propiedad ideal de la norma, que permite intervenir en la esfera interna del sujeto para retrotraerle a su ser originario y completo, el correspondiente a su participación intelectual en la ley. Ahora bien, si se quiere mantener este planteamiento, ha de llegarse inexorablemente a una conclusión, en parte hoy desatendida: la reflexión sobre la prevención general positiva es, en realidad, una reflexión sobre la idea de justicia, pues sin esta justicia no puede darse en ningún caso la requerida unidad de la conciencia. Por ello, el grado de realización de esta idea de justicia (de los principios normativos) es parte del problema preventivo. Un fundamento de la pena que conciba la culpabilidad

---

(17) ROXIN enumera los fines y efectos distintos, pero imbricados entre sí, de la prevención general positiva: el efecto de aprendizaje –motivado socialpedagógicamente–, el ejercicio en la confianza del Derecho y la pacificación social por la tranquilidad de la conciencia general que supone considerar solucionado el conflicto con el autor en virtud de la sanción, *PG* (tr. 2.<sup>a</sup>), 1997, 3/27, pp. 91-92; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 3/27, pp. 80-81.

(18) SPINOZA, *Tratado político*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pp. 102-103, traducción de Atilano Domínguez.

como rebelión frente al Derecho debe hacer un sitio a la solución dogmática de la rebelión frente a la *imperfeción* del Derecho (19).

#### IV. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Culpabilidad y ámbito personal de la prevención general son términos intercambiables, lo cual no significa que el ámbito personal de la prevención general –o prevención general pretendida– se corresponda con el ámbito personal de la prevención general posible. La afirmación de un principio de culpabilidad representa la definición de un campo de pretensiones penales de prevención general más restringido que el campo de posibilidades fácticas de prevención general.

Las razones que limitan la posibilidad de pena son consideradas por Mir Puig un «momento *normativo* esencial» añadido al no poder actuar de otro modo o a la no motivabilidad normativa, pues, «en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma». Ello representa un «planteamiento valorativo que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar al que actúa en situación de anormalidad motivacional». Según este planteamiento, «la responsabilidad penal no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que *la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de responsabilidad penal*» (20).

Este límite normativo a la posibilidad de pena mencionado por Mir Puig, como criterio que permite flexibilizar la política de incriminación, es un elemento añadido a otro límite, procedente de la necesidad de pena, y que, al vincular pena y pretensiones preventivo-generales, hace que la pena para el incapaz de motivación no sea jurídicamente posible, y ello como consecuencia de un plantea-

---

(19) Gómez Benítez sintetiza esta exigencia de forma contundente: la comunicación espiritual con una norma o un sistema injustos es una comunicación espiritual con la injusticia (en conversación personal). Véase GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad», *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (Ed.), Bosch, Barcelona, 1997, pp. 269-277. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», *Nuevo Foro Penal*, n.º 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT, pp. 127-131.

(20) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 20/49, p. 558. Véase, también, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 465-472; en particular, p. 470.

miento también *valorativo*, como es la legitimación preventivo-general de la pena (21). No obstante, con esta segunda exigencia normativa queda atrás la sola legitimación preventiva de la pena y se penetra en el principio de culpabilidad.

La creación de un principio de culpabilidad independiente de los criterios preventivo-generales de legitimación de la pena, es decir, el uso de algún elemento para la imputación penal personal que haga menor el ámbito de la pena que el ámbito de la posibilidad de pena, requiere de la elaboración de factores añadidos a la capacidad de actuar de otro modo o a la capacidad de motivación. Esto es así porque la incapacidad de actuar de otro modo o la incapacidad de motivación, definidas sin otras matizaciones, son los casos que excluye del ámbito de aplicación de la pena su misma legitimación preventivo-general. Toda teoría que maneje este criterio de imputación en estado puro deposita sus esperanzas de justicia y de selección en la sola prevención general, y convierte, como tantas veces se ha dicho, la culpabilidad en desnuda prevención general.

La desnuda prevención general puede llevar a un excesivo rigor punitivo. Así entiende Roxin que, «a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena» (22). Roxin defiende un Derecho penal preventivo de la culpabilidad que emplea la pena por motivos exclusivamente preventivos, renuncia a la retribución, también deja realmente sin respuesta la pregunta incontestable de la realidad empírica de la libertad de voluntad, permite que por motivos preventivo-especiales la pena quede por debajo de la culpabilidad hasta los límites de las necesidades preventivo-generales mínimas, «pero preserva en toda su magnitud las funciones limitadoras de la pena del principio de culpabilidad» (23).

El principio de culpabilidad, dada una cierta capacidad de motivación, reposa habitualmente en criterios cuantitativos: capacidad normal y capacidad disminuida de motivación. La diferencia se establece entre un posible y otro también posible, pero anormal, acceso a la

---

(21) Sus efectos en la medición de la pena, en GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pp. 37-91; en particular, pp. 81-82. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema de Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175-181.

(22) *PG* (tr. 2.<sup>a</sup>), 1997, 3/46, p. 99; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 3/51, p. 91.

(23) «El principio de culpabilidad y sus cambios», en *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 201.

norma como factor orientador de conductas –otra cosa es que la propia inculpabilidad impida hablar de acceso alguno a la pena como método de obtención de la orientación pretendida–. La misma afirmación de una norma de determinación dirigida al inimputable presupone que la interacción comunicativa es aún posible (24).

La aceptación de situaciones en las que la interacción comunicativa es aún posible pero la pena no se considera la respuesta correcta puede proceder de diversas fuentes, como el principio de proporcionalidad, si bien lo habitual es que sea entendida como el resultado de la necesaria definición valorativa de los contornos de todo concepto jurídico. Es decir, como una profundización en el rendimiento que puede obtenerse del propio contenido material del principio de culpabilidad. Así lo manifiesta Roxin: «En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos)» (25). En este caso, aunque los resultados materiales sean los mismos, no hay que desatender que los contornos valorativos del concepto jurídico que se está perfilando son los de la prevención general como título de imputación, y ello a pesar de que se maneje un principio de culpabilidad independiente. Normalmente, la relación entre momento valorativo y prevención general suele provocar un cierto rechazo doctrinal, pues se estima que esta última representa la alternativa de la utilidad enfrentada a la justicia, encarnada, en lo que aquí interesa, en el principio de culpabilidad. Pero esto no es del todo cierto, pues, si la prevención general es comprendida como una exigencia comunicativa mínima entre norma y sujeto activo, anterior al hecho delictivo, ella misma encierra un momento valorativo esencial, como es el de la ilegitimidad de la aplicación –a un sujeto– de una pena que resulta inútil en el momento de la conminación penal, es decir, que no puede convertirse en un factor para la evitación de la conducta desvalorada. Por ello, la utilización de criterios de utilidad para la limitación del ámbito de la intervención penal encierra ya en sí misma la toma en consideración de un cierto

---

(24) No obstante, la motivación del inimputable por medio de la pena no puede ser un fin de la pena, pues el principio de culpabilidad circunscribe el campo de aplicación de la pena al ámbito de la culpabilidad, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 63; para la punibilidad, 2016, pp. 483-494.

(25) *PG* (tr. 2.<sup>a</sup>), 1997, 19/39, p. 810; *AT I*, 4. Auflage, 2006, 19/46, pp. 872-873.

concepto de justicia: el mismo, por ejemplo, que excluye del campo de lo penal la responsabilidad por el resultado.

La afirmación de un principio de culpabilidad que permita tratar los casos de asequibilidad normativa disminuida como casos de ausencia de asequibilidad normativa (si se sigue el criterio de Roxin, la zona límite valorativa de este concepto jurídico), es el resultado de la definición de un umbral de dificultad de motivación que pueda concebirse normativamente asimilable a la incapacidad propiamente dicha. Por lo tanto, el elemento nuclear del juicio de culpabilidad es la misma ausencia de asequibilidad normativa y no el factor que la motiva. Toda tesis que haga depender la culpabilidad del autor de su capacidad, normativamente definida, de motivación, debe, si no desea salirse del campo de los principios, atender, única y exclusivamente, al grado normativo de dificultad de motivación o de orientación de la propia conducta, y nunca, y en ningún caso, a los factores que han provocado dicha dificultad, a salvo, por supuesto, de la *actio libera in causa*.

La creación de un «momento normativo» en sede de culpabilidad –la construcción de un principio de culpabilidad–, representa quizás la aportación teórica más importante realizada por la dogmática penal para la solución justa de los problemas político-criminales, es decir, para la conversión de la política criminal en política de *principios*. Y esto es precisamente lo que se pretende con el empleo del principio de culpabilidad en el sistema del delito.

Pero el respeto a un concepto de culpabilidad circunscrito al uso de la asequibilidad normativa –o mayor o menor capacidad de motivación– exige que, a la lista habitual de causas de exención, se acompañe la prueba de que la falta de atención a otros factores, en diversos supuestos de desigualdad –en diversos supuestos, por lo tanto, en los que es fácilmente perceptible una diferencia respecto del grupo de casos considerado normal o de referencia–, es el resultado de su menor incidencia en la motivabilidad normativa del sujeto activo (26).

Mir Puig apunta en esta dirección cuando afirma que las circunstancias de desigualdad social han de ser tomadas en consideración «para *atenuar* la pena en la medida en que supongan una presión motivacional en favor del delito superior a la media normal», de modo que el principio de culpabilidad ofrezca «una vía para una mayor rea-

---

(26) La normal motivabilidad presupone, como es obvio, un canon de normalidad, no necesariamente de salud psíquica, y, por lo tanto, contiene en su mismo núcleo la idea de igualdad.



lización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático» (27).

Mir Puig asocia así al principio de igualdad real ante la ley la necesidad de una respuesta jurídica diferente para los casos de anormalidad motivacional y, consecuentemente, hace recaer en la intensidad de la presión motivacional el elemento decisorio del juicio de responsabilidad penal, de modo que, si en los casos de desigualdad social no pierde su sentido «la apelación racional que supone la prohibición penal», ello se debe a que las desigualdades de orden social no llegan a «afectar tan profundamente las leyes psíquicas de la motivación, que ésta pueda considerarse por completo "anormal" (28).

Este perfecto planteamiento teórico de Mir Puig descansa, no obstante, en un dato que, en último término, nos es desconocido, y que no es otro que el hecho de que *en todos los casos de desigualdad social*

---

(27) *PG*, 10.<sup>a</sup>, 2016, 20/51, pp. 559-560. MIR PUIG, que concibe todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad (el principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal) como expresión del principio superior de protección de la dignidad humana (art. 10.1 de la Constitución), estima que el *principio de igualdad real de los ciudadanos*, confirma la exigencia de imputación personal como presupuesto de la pena. El principio de igualdad «exige no sólo tratar de igual forma a los iguales, sino también tener en cuenta las desigualdades. Se opondría a esto último imponer una pena, prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad normal. Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad», *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 130-131. Tratar a los inimputables desconociendo que carecen de una capacidad normal de determinación «vulneraría el *principio de igualdad real ante la ley*», MIR PUIG, *PG*, 10.<sup>a</sup>, 2016, 20/50, p. 559. CANCIO MELIÁ orienta el problema particular de la psicopatía hacia la noción de igualdad: a quienes padecen psicopatía se los puede distanciar de su conducta, y atribuir ésta a su falta de capacidad de *sentir* la infracción de la norma, pues no son iguales a los demás, «Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias» en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 543.

(28) MIR PUIG, *PG*, 10.<sup>a</sup>, 2016, 20/51, pp. 559-560. GIMBERNAT ORDEIG afirma que «tal vez el progreso de las ciencias empíricas pueda [junto a menores y enfermos mentales] segregar en el futuro ulteriores grupos de los "normales"», «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 157. Este autor admite como muy posible que existan «notables divergencias, desde el punto de vista de la "motivabilidad", dentro de los sujetos a los que hoy en día calificamos de "imputables"». Pero «esas divergencias no constituyen aún un patrimonio científico fuera de discusión; por ello, no están tampoco claramente definidas y, por ello también, no han podido incorporarse a la conciencia popular a la que se dirige el Derecho penal», «El sistema de Derecho penal en la actualidad», *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 176.

las leyes psíquicas de la motivación no llegan a verse afectadas tan profundamente como *en cualquier caso* reconocido de inimputabilidad. Y es que, para completar el juicio de culpabilidad, es necesario añadir ahora un tercer elemento: un factor corrector del «momento valorativo» (29).

El hecho de que en relación con las desigualdades sociales no exista, ni por asomo, el mismo intento de verificación *caso por caso* del grado de asequibilidad normativa que se realiza cuando se trata del padecimiento de una específica enfermedad mental, no revela que ya se conozca la incidencia de todos los grados de desigualdad social en las leyes psíquicas de la motivación. Por el contrario, es la ausencia para tales casos de un proyecto político de respuesta alternativa a la pena la que provoca que una investigación más detenida sobre la apariencia de algo irrelevante para la teoría del delito y se acomode en cuarentena en el ámbito científico de la criminología. La creación de medidas de seguridad que actúen sobre un factor social concebido como el origen único de la ausencia de culpabilidad es una propuesta político-criminal impensable en la actualidad. En consecuencia, las desigualdades sociales carecen –por lo general– de traducción teórica en el sistema del delito (30).

En el proceso de resocialización del autor de un delito se pone de manifiesto que son perfectamente conocidos los elementos de origen social que pueden registrarse como un factor causal del delito realizado, de modo que se conciben como programa penitenciario la oferta y la prestación de medidas tendentes a erradicarlos: educación, alternativas profesionales, etc. Estos factores criminógenos de origen social, en aplicación estricta del principio de culpabilidad, habrían de

---

(29) Como señala SARTORI, «incluso cuando no especificamos nada, cuando usamos "igualdad" en singular, incluso entonces nos fijamos relativamente en *pocas diferencias*: aquellas que se perciben, en determinados períodos históricos, como *relevantes*, evidentemente *injustas* e, implícitamente, *remediables*», *Elementos de teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 105, versión de M.<sup>a</sup> Luz Morán.

(30) MUÑOZ CONDE expone este problema con precisión cuando afirma que «resocializar al delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto social normativo, significa, pura y simplemente, aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido». «En un Estado democrático y social de derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el derecho penal y no para entorpecerla. Para ello habría que empezar por abandonar el concepto tradicional que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que solo afecta al autor del delito», *Derecho penal y control social*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 53 y 93. *Vid.* MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9.<sup>a</sup> ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 354-356.

conducir a la creación de modelos de medidas de seguridad –sin detrimento del conjunto de garantías ya aceptado– que permitieran la socialización sin el recurso al castigo. «Igual como hoy creemos preferible tratar al enfermo mental con una medida adecuada a su personalidad, a medida que vayamos conociendo las causas sociales y personales que explican cada grupo de delitos y de delincuentes iremos aceptando sustituir las penas por las medidas que en cada caso aparezcan como indicadas» (31).

Todo esto, evidentemente, constituye un problema político de muy difícil solución, y esta dificultad es la causa del divorcio entre desigualdades sociales y principio de culpabilidad. El Derecho penal, en estos casos, no puede dejar de intervenir, pues ha de manifestar su interés por el hecho, y no puede aplicar una medida de seguridad porque ello supone aceptar una corresponsabilidad del Estado en el hecho. La solución es la pena, es decir, un problema sin entidad sistemática. No obstante, planteamientos como el ya mencionado del profesor Mir Puig son muy valiosos, pues permiten hacer de la atención a determinados casos de desigualdad social una consecuencia impuesta por un principio de culpabilidad de corte clásico, y no un problema de otra dogmática o de la ausencia de dogmática.

Las alternativas teóricas que se pueden derivar del progresivo conocimiento apuntado por Mir Puig son variadas: negar el fundamento preventivo de la pena y volver para estos casos a la retribución; modificar el principio de culpabilidad –la que, personalmente, considero correcta–; no modificar el principio de culpabilidad y dejarlo vivir como una abstracción gozosa en el mundo de las ideas –la crítica de Jakobs a este recurso es su gran aportación a la culpabilidad penal–; por último, acudir a la prevención general positiva.

En este último caso, la asequibilidad normativa debe incluir algo más que miedo a la pena. Debe incluir la posibilidad de comunicación con el valor de la norma. En sentido estricto, debe incluir una comunicación espiritual con el bien jurídico protegido. Esto, evidentemente, no es un fin legítimo de la norma cuando el sujeto ha carecido durante su vida de una protección social adecuada respecto del bien jurídico en cuestión. No puede tener una noción *correcta*, por ejemplo, de la función social de la propiedad quien ha vivido en la miseria. Hay que olvidar, en tales casos, el sentimiento de culpabilidad. Lo que habrá que manejar, por el contrario, será un *sentimiento de inculpabilidad* (32).

---

(31) MIR PUIG, *PG*, 10.<sup>a</sup>, 2016, 22/15, p. 584.

(32) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Culpabilidad y pecado. Reflexiones sobre los límites al poder de la voluntad», en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María*

La general desatención de estos factores que pueden incidir en la capacidad de motivación hace que el trazado de las fronteras del juicio de culpabilidad haya de realizarse con la participación de un criterio de otro orden: las posibilidades y el interés existentes en el manejo del problema por otras vías diferentes del castigo. Y aquí aparece la importante aportación ofrecida por la teoría de Jakobs para la comprensión de la categoría dogmática de la culpabilidad: la necesidad de mantenimiento del sistema. Sin ella, quedaba desatendido un aspecto esencial del proceso social de imputación penal personal (33).

La culpabilidad del autor puede ser así definida como la capacidad normal de motivación (el principio de culpabilidad) y como *la capacidad disminuida de motivación cuando no hay deseo o posibilidad de singularizar las dificultades de motivación como el origen del con-*

---

Lidón, ECHANO BASALDÚA (coord.), Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 249-262. En tanto los poderes públicos deben velar por el cumplimiento del principio de igualdad, y si la desigualdad social manifiesta es una de las causas del delito, en las instituciones públicas recae una proporción *concurrente* de responsabilidad. Así, Silva Sánchez estima que «el Estado sólo puede calificar como sujetos de responsabilidad –dirigiéndoles un juicio de reproche sobre su conducta– a aquellos sujetos que simultáneamente quepa calificar como sujetos de protección», «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad», en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ TERUELO (Dir.), Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 725. En otro contexto, el mismo autor afirma que la protección estatal de los bienes jurídicos del infractor es decisiva, pues el incumplimiento por parte del Estado de los deberes de protección inherentes a su posición de garante determina un serio debilitamiento de su vinculación con el sujeto cuyas conductas delictivas tienen que ver precisamente con este debilitamiento, «Derecho penal y fractura comunitaria», *InDret Penal*, Barcelona, 4/2017, p. 2, nota 4.

(33) «La misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto», JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.<sup>a</sup> edición, corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 579, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana (1991) por Cuello Contreras y Serrano Gómez de Murillo. Para Jakobs no existe un elemento de la culpabilidad previo a la sociedad que tenga que ser respetado por ella, sino que es la percepción social de la realidad la que determina bajo qué condiciones debe imputarse. De este modo, el fundamento material de la culpabilidad se diluye en la condicionalidad a la estructura determinada de la sociedad. Una determinada estructura social impondrá unas determinadas condiciones de atribución, persiguiendo, en todo caso, la persistencia del sistema. Por lo tanto, la pregunta más precisa que se puede formular en relación con el principio de culpabilidad es la siguiente: ¿para qué clase de orden social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia?, «El principio de culpabilidad», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas-Univ. Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 366, traducción y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá.

*flicto* (las necesidades de mantenimiento del sistema). Esto último es un fracaso del principio de culpabilidad, que Jakobs explicita (34).

## V. LA NECESIDAD DE PERSISTENCIA DEL SISTEMA

La Psiquiatría es la ciencia reina en el ámbito dogmático de la culpabilidad penal. Las ciencias sociales son desplazadas a lugares periféricos. Esto es así porque, en los casos de enfermedad mental, la desviación del tanto de culpa se realiza a cuenta del destino, una vez despojadas la naturaleza de un fin y la locura de un designio. En el ámbito de las ciencias sociales esto es mucho más difícil, pues entre el destino y la sociedad están las instituciones. Si, por ejemplo, en los casos de marginación desde la cuna se desvía a ellas una cuota, digamos, sociológica de culpabilidad, nos llega a todos el eco del reproche, lo cual repugna a nuestro sentido común, atornillado en la idea de infracción y en la protección del Derecho como fin en sí mismo (35).

Roxin ha construido la responsabilidad penal sumando a la noción clásica de culpabilidad la idea de necesidad preventiva de sanción

---

(34) Por ello, la crítica de HIRSCH al concepto de culpabilidad de JAKOBS es en parte acertada, pero en parte no lo es: si las «necesidades preventivas de estabilización de la norma forman el *parámetro de contenido*; de ahí resulta, finalmente, una posibilidad total de manipular el concepto de culpabilidad. Un tal principio no puede, por ende, tener una función orientadora para la conformación de Derecho Penal. Esto podría llevar al desarrollo de una estructura casi universal y arbitrariamente adaptable, que también podría ser utilizada por regímenes antijurídicos. La función de garantía y protección del concepto de culpabilidad como "carta magna" del infractor a la norma se pierde totalmente», HIRSCH, «El principio de culpabilidad y su función en el Derecho penal», *Derecho penal. Obras completas*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, p. 158, traducción de Daniel R. Pastor.

(35) Pero no hay que olvidar que «la firmeza de las convicciones en torno a lo que significa y fundamenta el derecho público estatal no ha de llegar hasta el alejamiento entre éste y sus destinatarios. *La búsqueda de un espacio de encuentro entre derecho y ciudadanía será seguramente la misión más importante de la teoría de la culpabilidad*», QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 172. «*Un déficit de protección estatal de un bien jurídico puede implicar que quien lo sufre comprenda el sentido formal de la norma sin un acceso al sentido material del orden que tal norma establece*», SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 263; no obstante, la inculpabilidad no ha representado nunca hasta hoy un reparto de la responsabilidad entre el individuo y la sociedad, SÁNCHEZ DAFAUCE, 2016, p. 257. Véase, también, CIGÜELA SOLA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal», *InDret Penal*, Barcelona, 2/2017; en particular, pp. 27-29, donde se afirma que, con un enriquecimiento de las categorías del delito, el déficit de legitimidad del Estado podrá convertirse en un deber de corresponsabilidad social que conduzca a la atenuación o a la exención de responsabilidad del excluido social, p. 29.

penal (36). La necesidad de pena es el núcleo de las causas de exculpación, si bien los aspectos preventivos también se pueden advertir de manera más o menos pronunciada en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto (37). De hecho, también «la inimputabilidad posee zonas marginales normativas», como «los estados pasionales intensos y las neurosis graves», en las que «no se pueden excluir completamente consideraciones preventivas en su aceptación y negación». Lo contrario «refuerza un rigorismo punitivo que resulta políticocriminalmente erróneo, porque contradice la opinión aceptada en principio con carácter general de que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena estatal» (38).

Esta «zona marginal normativa» de la responsabilidad, si se quiere mantener el contenido material de un concepto estrictamente personal de culpabilidad, ha de incluir una reflexión sobre el contexto social en el que la infracción es cometida. *Un ordenamiento no es neutral por el hecho de no reflejar un problema, sino por el hecho de no reflejar un problema que no existe.* Si no se refleja un problema que sí existe, la neutralidad decae. Si un problema político se despolitiza, «las consecuencias efectivas de un ordenamiento jurídicamente "neutral" son y siguen siendo (aunque involuntariamente) políticas» (39).

Quizás sea aplicable a la comprensión dogmática de la culpabilidad el método expuesto por Max Weber al abordar el problema de la irracionalidad en las ciencias sociales, y que consiste en descubrir con instrumentos históricos los especiales procesos de liberación que han propiciado la ciencia moderna, a partir de algunos problemas prácticos puestos al pensamiento por constelaciones concretas de las relaciones sociales. «Y también podría intentarse mostrar cómo el empleo de algunas "concepciones" de la realidad permite a la vez maximizar el grado de satisfacción de ciertos intereses decisivos de determinados

---

(36) Así, donde el autor sea aún normativamente susceptible de exigencias y tenga la posibilidad de elegir entre distintas alternativas de comportamiento, el legislador prescinde de una sanción penal cuando la misma no resulta exigible ni desde el punto de vista preventivo-general ni desde el punto de vista preventivo-especial. Ello es lo que sucede en el estado de necesidad exculpante. De este modo, como la pena puede ser excluida por ausencia de culpabilidad o por ausencia de necesidad preventiva de punición, es más correcto hablar de causas de exclusión de la responsabilidad que de causas de inculpabilidad, pues el primer concepto comprende tanto la ausencia de culpabilidad como la ausencia de necesidad de prevención: ROXIN, «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», *Cuadernos de Política criminal (CPC)*, n.º 46, 1992, p. 174, traducción de Polaino-Navarrete.

(37) ROXIN, *PG* (tr. 2.ª), 1997, 19/4, p. 792; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 19/5, p. 853.

(38) ROXIN, *PG* (tr. 2.ª), 1997, 19/49, p. 815; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 19/57, pp. 877-878.

(39) SARTORI, 2005, p. 26.

estratos sociales, al igual que podría llevarse a la práctica, aunque obviamente en un sentido profundamente diverso [sin una dirección histórica necesaria], el enunciado del "materialismo histórico", según el cual la "superestructura" ideal sería una función de la situación social global, también en el ámbito del pensamiento: el enunciado según el cual, en última instancia, acostumbra *a valer* como "verdadero" sólo aquello que es "útil", estaría en cierto sentido históricamente confirmado» (40).

La dogmática penal elabora un tipo ideal racional, pero un tipo ideal para un sistema de valores dado (41). Por lo tanto, la aceptación de que es dado un sistema de valores es presupuesto de la neutralidad valorativa como punto de partida de la interpretación técnica del Derecho penal (42).

Como es sabido, la racionalidad formal crea sujetos iguales para el Derecho; ahora bien, el principio de igualdad obliga a una construcción parcialmente material de los criterios de racionalidad formal, pues pretende una igualdad *en* el Derecho. Como señala Max Weber, al Derecho, desposeído de su dignidad supraempírica, «se le ha puesto al descubierto, de manera demasiado patente en la gran mayoría de los casos, y precisamente en muchas de sus determinaciones más importantes, como producto y medio técnico de un compromiso de intereses» (43). Si no se atiende a la exigencia científica de investigar la incidencia en la asequibilidad normativa de la desigualdad social extrema, entonces la culpabilidad es puro mantenimiento del sistema, deviniendo correcto un concepto funcional como el de Jakobs. Si esa investigación se elude, el principio de culpabilidad *no es ciencia*

---

(40) MAX WEBER, *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*, Tecnos, Clásicos del pensamiento 9, Madrid, 2001, pp. 69-70, traducción de Lioba Simón y García Blanco.

(41) La metafísica alemana «orgánica» del Estado por contraposición a la concepción «comercial» norteamericana «reviste una eminente significación práctica; con otras palabras: también aquí las ideas *prácticas* en las cuales se tiene *fe* en cuanto valen o deben valer y el *tipo* ideal teórico, construido con fines cognoscitivos, se confunden y muestran la tendencia a traspasar las unas en el otro», MAX WEBER, «La "objetividad" cognoscitiva de la ciencia social y de la política social», en *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2001, p. 89, traducción de José Luis Etcheverry.

(42) GRACIA MARTÍN considera como condición de la aceptabilidad racional del discurso de la Ciencia penal su correspondencia con las exigencias materiales del orden social, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 52.

(43) MAX WEBER, *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2001, p. 218, edición a cargo de Monereo Pérez.

—salvo en un sentido funcional—, sino una cobertura pretendidamente objetiva y pretendidamente orientada a valores que encubre un compromiso de intereses, esto es, una decisión estrictamente ideológica: *que la desigualdad social no incida en el juicio de culpabilidad* (44).

El delito fija en el tiempo y en el espacio la injusticia, de modo que, al absorber la noción de daño social, libera al orden social de su responsabilidad por las hipotéticas condiciones inicuas que hayan podido participar en su origen. Esto se pone de manifiesto en el hecho de que la resocialización es concebida como un fin de la pena, sin que tal apreciación lleve a considerar que las condiciones sociales que se pretenden modificar en prisión hayan podido influir en la asequibilidad normativa respecto de la conminación penal. Dado que solo se tienen en cuenta tales condiciones sociales tras el delito, la pena se convierte en el precio a pagar para la integración social. Ahora bien, esta remisión de la noción de injusticia al delito, con su consiguiente cristalización allí, solo es correcta si las condiciones sociales no son causa del delito, pues, de lo contrario, la elección de un momento aislado de toda la secuencia de injusticia es solo producto de la arbitrariedad, es decir, del desnudo ejercicio de poder. El estudio de las condiciones sociales como causa del delito, o, si se prefiere, la elaboración de *criterios para la imputación social del delito*, es un cometido obligado de la categoría dogmática de la culpabilidad. Y no se puede decir que se está hablando de un mundo desconocido y sorprendente, pues es sabido que «siempre es difícil combatir la delincuencia si no se extinguen las causas sociales y económicas que la producen» (45).

En tanto este cometido no se lleve a cabo, el juicio de culpabilidad se configura de hecho con tres elementos, cuyo orden es el siguiente:

Primero: La legitimación preventivo-general de la pena, que excluye del ámbito de conductas sujetas a conminación penal los casos de incapacidad total de motivación. Se trata del campo de la *pena posible*.

---

(44) «En lugar de estilizar, con la ayuda de conceptos ideológicos, una imagen reconciliada de la realidad social, y conformarse luego resignadamente con las circunstancias tal como éstas son, la ciencia ha de elevar a la conciencia la dureza de lo que existe tal como esto es», Adorno, «Sobre la situación actual de la investigación social empírica en Alemania», *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, 2004, p. 450. Además, la labor científica concreta «no se ha dejado confundir nunca en serio por la cláusula general de la relatividad de todo conocimiento humano», Adorno, «Sobre la lógica de las ciencias sociales» *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, 2004, p. 520.

(45) FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 249.



Segundo: La flexibilización de la política de incriminación, que conduce a la definición selectiva de un umbral de dificultad en el proceso de motivación y que se vincula con exigencias de rango constitucional formuladas con ayuda de conceptos abiertos como la igualdad ante la ley o la exigibilidad (46). Este es el campo de los principios, singularmente del *principio de culpabilidad*.

Tercero: La formulación de una respuesta alternativa a la pena en los casos de dificultad de motivación; alternativa que define el alcance material de la flexibilización anterior y que elimina la ilusión de un dictado de principio que resuelva todos los problemas que plantea la categoría dogmática de la culpabilidad. Es el campo de la *medida de seguridad posible*. Sin medida de seguridad posible, la flexibilidad desaparece y el sujeto es declarado culpable.

Al primero de estos tres elementos prestan especial atención las tesis que hacen de la culpabilidad solo prevención general. Al segundo, las que vinculan la culpabilidad a un principio material de culpabilidad. Y, al tercero, las tesis funcionalistas que conciben la culpabilidad como la adscripción del conflicto al autor por no ser posible su solución sin castigo. En la medida en que al contenido de la culpabilidad penal se accede por la suma de los tres, un concepto funcional de culpabilidad explica algo importante que un concepto material omite, pues hay un sector de problemas en los que la culpabilidad se resume en desnuda respuesta a las necesidades de mantenimiento del sistema.

## VI. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SISTEMA SOCIAL

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad –la aceptación de que hay sujetos no culpables pese a la comisión de un hecho injusto o lesivo– refleja que la sociedad puede hacer con el daño social algo más que castigar a quien lo provoca. Es cierto que cada injusto pide una atribución que permita a la sociedad desprenderse de él. En un sistema sin distinción entre injusto y culpabilidad, la atribución al individuo es automática: el individuo es solo ser social. Cuando se da esta automatización, la persona no es nada más que un producto del orden. Pero la consolidación en el discurso de un espacio para una

---

(46) Esta inexigibilidad no es la del propio sacrificio –núcleo de las causas de exculpación–, sino la de la obtención de pretensiones de ordenación social mediante la pena. Como se sabe, una y otra se diferencian en el hecho de que la segunda puede dar lugar a la previsión de un modo diferente de intervención penal: la medida de seguridad. Por lo tanto, esta segunda inexigibilidad no cierra la puerta a la posibilidad de emitir un juicio de peligrosidad sobre la persona incapaz de infracción.

culpabilidad disociada del injusto, al quebrar la imputación automática del hecho al autor, impugna una perspectiva de la justicia como simple mantenimiento del orden social.

Todo producto jurídico encierra la tensión entre orden formal y justicia material. El Derecho penal no es ajeno a este conflicto, *pero su carácter preventivo ha propiciado que el peso del progreso lo haya soportado el discurso relativo a la restricción de la restricción, es decir, a la recuperación de la libertad, con la consiguiente acentuación del individuo y de los principios liberales*. Por supuesto, no se le puede pedir al Derecho penal que elimine la desigualdad. No es promoción, sino amenaza (47). Pero lo que sí se le puede pedir es que no la reproduzca mecánicamente, y el mejor lugar para ello es la culpabilidad (48).

El camino hacia la culpabilidad material –hacia la culpabilidad que dota de contenido a esa formalidad consistente en «lo que la sociedad no puede soportar»– ha comenzado (y no es casual que lo haya hecho así, pues el hecho del perturbado no representa una negación de la ley), en esencia, con la perturbación mental (49). Por ello, la culpabilidad material se mueve continuamente al filo de la culpabilidad formal, es decir, al filo de la despersonalización del inculpable (50). Pero la mera mención de un principio en sede de culpabilidad

---

(47) Si bien, como con razón indica ÁLVAREZ GARCÍA, «en el momento de decidirse por parte del legislador el dictado de una norma, el motivo que a ello le impulsa no debiera ser el mero afán de ejercitar a los ciudadanos en la obediencia por la obediencia, sino otorgar protección a determinados valores constitucionales que necesitan de la coacción estatal para garantizar su respeto», *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 93-94.

(48) «El mejor modo de acatar el principio de igualdad es tratar desigualmente lo desigual e igual lo que es igual». Este principio general, «transportado al ámbito del Derecho penal no tiene otro camino para desarrollar su eficacia que el juicio de culpabilidad, en el cual podrá ser valorada debidamente la génesis social y personal de la conducta de cada sujeto, haciendo, esperemos, falsa la conocida crítica de Anatole France: "El Derecho penal es respetuoso con la igualdad, pues castiga por igual al pobre que roba para comer que al rico que lo hace para divertirse". Y la preocupación que tiene el penalista es precisamente evitar que eso sea verdad, que sin duda lo ha sido muchas veces», QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, p. 295.

(49) Cfr. QUINTERO OLIVARES, 1999, pp. 49-102.

(50) Así afirma JAKOBS que «en el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez». Por ello, «desde el punto de vista específico del Derecho penal, tan sólo existe la expectativa de que no haya culpabilidad. Esto, formulado de modo positivo, significa que existe la expectativa de una fidelidad suficiente al Derecho o, respectivamente, que sólo existe un deber de prestar una fidelidad suficiente al Derecho. Evidentemente, existe también la expectativa de que un ser humano

representa la toma de conciencia de que el comportamiento justo no es practicable solamente por ser impuesto. El orden es el último fundamento penal, si bien hay circunstancias –las que propician, de nuevo con todas las garantías hoy aceptadas, la imposición de una medida de seguridad– cuya corrección *sin castigo* es un presupuesto del orden pretendido. *Esto significa que la corrección de las causas del delito es ya históricamente percibida por el Derecho penal como una actividad que le compete.*

Las condiciones del delito que impiden la imputación personal al autor son la inmadurez biológica, los desarreglos psíquicos y, en su caso, la actuación en circunstancias de extraordinaria presión. Son siempre razones excepcionales: representan la aparición, en la relación entre individuo y sociedad, de un imponderable que absorbe como un polo magnético la génesis del conflicto, descargando así de responsabilidad a ambos. Este tercero es siempre el azar, pues ni la perturbación mental ni las catástrofes –o, en general, las situaciones de necesidad– han sido casi nunca tomadas como la expresión de un determinado orden político (51). Pero cualquier realidad dada debe modificarse si no se corresponde con la imagen que la sociedad real, por medio de los principios, proyecta de la sociedad ideal. Como afirma Martínez Escamilla, «cada vez resulta más difícil ocultar que la condición de marginal, de excluido social que genera la pobreza es, en general, un proceso objetivo» (52). De todos los bienes jurídicos cuya

---

sin capacidad de culpabilidad no mate, lesione, dañe, etc. Pero esa expectativa es propia del Derecho civil, o más bien, del Derecho administrativo o de orden público, pero no del Derecho penal, ya que su defraudación sin más no da lugar a reacción penal alguna. De lo dicho se deduce que el rol cuya observación garantiza el Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho», *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 63-64, traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. No obstante, y dejando a un lado el debate terminológico, la concepción del inimputable como riesgo impersonal no es aceptable en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, las garantías en el cumplimiento de las medidas de seguridad solo son explicables por el hecho de que las medidas de seguridad se aplican a personas. En otras palabras, no cabe una normativización penal del concepto de persona que excluya de él a los inimputables.

(51) Con la excepción de la escuela social de la enfermedad mental, que acentúa las tendencias sociogenéticas de la perturbación, y que se divide en dos corrientes: la fenomenológico-existencial, cuyo principal representante es Laing, y que concibe la familia como la fuente de la patología y micromodelo de las contradicciones sociales y políticas; y la corriente político-social, donde entran autores como Basaglia, Cooper, Deleuze o Guattari, y que concibe la alienación mental como la expresión personal de la alienación social: VALLEJO RUILOBA, *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*, Masson, Barcelona, 5.ª edición, 2002, pp. 16-18.

(52) Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los «correos de la cocaína» y el Tribunal Supremo español», *La respuesta del Derecho penal ante los*

protección llega hasta el Derecho penal, es el patrimonio en el que se producen las desigualdades más manifiestas. Que quien se encuentra en el nivel inferior de la escala de renta tenga la misma asequibilidad normativa que cualquier otro respecto de las normas que protegen el patrimonio es una verdad de fe, sin valor científico alguno. El mensaje sobre el valor del patrimonio como bien jurídico es contradictorio precisamente porque el Estado acepta la desigualdad más extrema (53).

En la culpabilidad penal deben buscarse los límites normativos de una igualdad proporcional (54). La estimación de los factores sociales de la infracción puede resolverse sin trascender los límites de un principio de culpabilidad clásico, es decir, estrictamente individual (55). La vía más directa con el Código Penal en vigor es el art. 20.3.º (tam-

---

*nuevos retos*, CUERDA RIEZU (Dir.), Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, Madrid, 2005, p. 263. A modo de ejemplo, véase el trabajo sociológico de MARCUELLO-SERVÓS y GARCÍA-MARTÍNEZ, «La cárcel como espacio de de-socialización ciudadana: ¿fracaso del sistema penitenciario español?», *Portularia, Revista de Trabajo Social*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 2011, Vol. XI, N.º 1, pp. 49-60. Estos autores asocian la extracción social de los internos –ambientes de marginalidad, carencia de recursos educativos o laborales– y la comisión de delitos de naturaleza económica, pp. 51-52.

(53) «Cuanto más se incrementan los antagonismos sociales, tanto más manifiestamente pierde su sentido el mismo concepto –del todo liberal e individualista– de la psicología», Adorno, «Sobre la relación entre sociología y psicología», *Escritos sociológicos I*, Obra completa, 8, 2004, p. 76.

(54) «Las leyes son iguales en cuanto que son idénticas para todos, mientras que los impuestos directos son proporcionales, en proporción a la riqueza, y por lo tanto iguales para iguales pero desiguales para desiguales. Hasta aquí todo está claro. Pero la igualdad proporcional plantea, a medida que va profundizándose, dos problemas: primero, cuánta proporción, y segundo, y más difícil, a quién atañe la proporción; aquí, recuérdese, la regla no es ya "a todos lo mismo", sino "lo mismo (iguales cuotas, privaciones o beneficios) a quien es igual, *igual para cada uno*". Por lo tanto, la pregunta se convierte en: ¿Qué "semejanza" es relevante? Y, paralelamente, ¿en función de qué diferencias han de agregarse los iguales? ¿Cuáles son las diferencias relevantes? (...). A este respecto se requiere la igualdad de las posiciones y condiciones iniciales de la competición: igual educación para todos para comenzar; pero después también un bienestar relativamente igual que haga desaparecer la ventaja de los ricos sobre los pobres. Y en este punto la igual oportunidad de posiciones de partida desemboca en la igualdad económica», SARTORI, 2005, pp. 51-52. Esta igualdad proporcional, en beneficio de una mejor individualización del juicio de culpabilidad, puede ser incluso uno de los factores que directamente incidan en la determinación de la pena «en atención a las circunstancias personales del delincuente» (art. 66.1.6.ª).

(55) Con ello se sortea la apreciación de ROXIN de que la imputación del comportamiento desviado al sistema social, además de una petición irreal, incompatible con las condiciones de existencia de la sociedad, «debería desembocar consecuentemente en la abolición de toda sanción frente a las infracciones jurídicas», *PG* (tr. 2.ª), 1997, 19/45, p. 813; *ATI*, 4. Auflage, 2006, 19/53, p. 876.

bién en relación con el art. 21.1.<sup>a</sup>) (56). *La desprotección de un bien jurídico desde la infancia (extrema pobreza para el patrimonio o contacto habitual con la droga para la salud pública) provoca una alteración en la percepción de la realidad que deforma gravemente la conciencia de esa realidad* (aunque formalmente se conozca la prohibición) (57). ¿Cuál es aquí la realidad? El *valor* del bien jurídico –como realidad normativa– cuya protección el Estado ha descuidado. La realidad, aunque intangible, es también la realidad normativa, y la desprotección desde la infancia respecto de un bien jurídico puede provocar una alteración en la percepción de la realidad: en la percepción del valor de ese bien jurídico (58).

---

(56) Al respecto, QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, pp. 315-316. Para los presupuestos de aplicación del art. 20.3 CP, véase la STS 1135/2006, de 16 de noviembre, ponente Martínez Arrieta: «En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la Ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atenuación o exención del art. 20.3 del Código Penal», (Fundamento de Derecho 3.º, número 4). Como propuesta normativa, cabe pensar, para primeros delitos (en el sentido del art. 80.2.1.<sup>a</sup>) no violentos contra la propiedad o la salud pública –y, a diferencia de la suspensión de la pena, como respuesta judicial no solo potestativa sino prescriptiva–, en una medida de libertad vigilada con obligación de participar en programas formativos, laborales o culturales.

(57) La referencia al nacimiento o a la infancia puede permitir que se tome como una alteración de la percepción lo que de hecho es la percepción de una realidad alterada. No hay que olvidar que en el art 20.3.º no hay referencia ninguna al origen orgánico de la alteración.

(58) LUZÓN PEÑA indica que «no se trata de la conciencia de la realidad puramente fáctica, sino precisamente de una grave alteración de la conciencia de la realidad social, cultural y normativa, que da un conocimiento aproximado de los valores, normas y principios básicos éticos y jurídicos», *PG*, 27/32, p. 514. La incomunicación cultural, que ha ser profunda, «debe determinar una *grave alteración de la conciencia de la realidad jurídico-penal*», QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, p. 316. «Lo que el sujeto debe tener alterada es su capacidad para conocer las pautas de comportamiento y los valores dominantes en su entorno social. Ello permite entender que la

Torío López destaca, con acierto, «la necesidad de retornar, frente a la concepción general dominante, al pensamiento de la individualización, de la personalización del problema de la imputación subjetiva». Pues es necesario «superar la consideración criminológica convencional, con su matiz naturalista, en beneficio de una criminología que entienda el delito como conflicto y, prioritariamente, como conflicto social» (59).

Una asequibilidad normativa a la carta proporciona un concepto material de culpabilidad de conveniencia, y hace irrefutable la afirmación de Jakobs de que su descripción de las condiciones del sistema no instrumentaliza, sino que «descubre instrumentalizaciones existentes desde hace mucho tiempo» (60).

---

inimputabilidad no se reduce en nuestro Código penal sólo a las anomalías que inciden en la comprensión de la ilicitud o en la actuación conforme a dicha comprensión, sino también a otro tipo de anomalías o alteraciones, no necesariamente psíquicas, que tienen otro efecto, como la alteración grave de la "conciencia de la realidad"», MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, 2015, p. 367. En relación con el art. 20.3 CP, es de gran interés la opinión de MORALES PRATS: «Interpretada la eximente desde parámetros *normativos*, se estaría haciendo referencia a la alteración profunda de los procesos que permiten acceder a las normas culturales». En tal sentido, «la causa de inimputabilidad analizada pretendería aprehender supuestos de grave subdesarrollo cultural que, a su vez, determinasen una grave alteración sobre la conciencia de la realidad jurídico-penal. En definitiva, quedarían bajo los dominios de la eximente aquellos sujetos que no pueden acceder al conocimiento de las valoraciones ínsitas en las normas penales, por padecer una situación grave de incomunicación social desde el nacimiento o la infancia. Se trataría de sujetos que en términos estrictamente biológico-naturales son imputables a los efectos penales, pero que devendrían *inimputables por causas socio-culturales*. La incomunicación cultural determina que el sujeto no pueda conocer lo prohibido en la esfera penal y que no sea competente para orientar su actuación en igualdad de condiciones con otros ciudadanos que sí han podido acceder a la comprensión o introyección de una determinada escala de valores desde el nacimiento o desde la infancia». *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), 7.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 213-214. El *grado de incomunicación cultural* debe determinar una *grave alteración de la conciencia de la realidad jurídico-penal*; la referida gravedad constituye un requisito no esencial (cuantitativo), cuya ausencia no cierra el paso a la versión incompleta (art. 21.1 en relación al art. 20.3 CP) de la eximente, MORALES PRATS, 2016, p. 216.

(59) TORÍO LÓPEZ, «El concepto individual de culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, n.º 28, 1985, p. 301. Véase QUINTERO OLIVARES, *PG*, 2015, pp. 288-289.

(60) JAKOBS, «El principio de culpabilidad», 1997, pp. 387-388.



# La financiación del terrorismo desde la perspectiva de las nuevas tecnologías. A propósito de la quinta Directiva de la UE de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

COVADONGA MALLADA FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctor  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

*La amenaza terrorista ha cambiado el paradigma de la seguridad tanto nacional como internacional. No cabe duda que los ciudadanos se sienten hoy más inseguros que hace algunas décadas por la constante amenaza terrorista que cierne sobre todos, ya que la misma ha ido evolucionando de tal manera que hoy en día cualquier persona podría ser potencialmente víctima de un ataque terrorista. Por ello, tanto actores nacionales como internacionales deben unir sus esfuerzos para llevar a cabo una lucha unánime y eficaz contra esta lacra. En este artículo se analizarán los métodos que emplean los terroristas para poder mover sus fondos sin ser descubiertos por las autoridades, eludiendo de este modo la normativa preventiva de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y como las autoridades luchan contra ello.*

Palabras clave: *financiación del terrorismo, nuevas tecnologías, prevención.*

## ABSTRACT

*The terrorist threat has changed the paradigm of national and international security. There is no doubt that citizens today feel more insecure than a few decades ago because of the constant terrorist threat and nowadays anyone could potentially be the victim of a terrorist attack. Therefore, both national and international actors must*



*unite their efforts to carry out a unanimous and effective fight against this threat. In this article, the methods used by terrorists to move their funds without being discovered by the authorities will be analyzed, avoiding in this way the preventive regulation of money laundering and financing of terrorism and how the authorities fight against it. In this article we will analyze the methods that the terrorists use to move their resources without being discovered by the authorities, thus circumventing the preventive legislation of money laundering and financing of terrorism.*

Key words: *financing of terrorism, new technologies, prevention.*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Los cambios en la lucha contra la financiación del terrorismo desde el punto de vista de las nuevas tecnologías.—3. Los sistemas TIF o transferencias informales de fondos al exterior. 3.1. Otros sistemas TIF similares al *hawala*.—4. ¿Es eficaz la legislación actual contra la financiación del terrorismo? El *Money Laundering Reverse*.—5. Conclusiones.—6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La amenaza terrorista ha cambiado el paradigma de la seguridad tanto nacional como internacional. No cabe duda que los ciudadanos se sienten hoy más inseguros que hace algunas décadas por la constante amenaza terrorista que cierne sobre todos, ya que la misma ha ido evolucionando de tal manera que hoy en día cualquier persona podría ser potencialmente víctima de un ataque terrorista (1). Por ello, tanto actores nacionales como internacionales deben unir sus esfuerzos para llevar a cabo una lucha unánime y eficaz contra esta lacra.

El principal problema al que nos enfrentamos a la hora de realizar un estudio sobre el terrorismo y su financiación es la ausencia de un concepto uniforme y universalmente aceptado sobre terrorismo. A pesar de los intentos incansables tanto de los Estados como de los actores internacionales, ha sido imposible llegar a un consenso sobre el concepto de terrorismo, especialmente en dere-

---

(1) DE MOSTEYRÍN, L. M. F., & LÓPEZ, P. L. «Paradigmas y prevención del terrorismo: una aproximación al Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta» en *Política y Sociedad*, Vol. 54, N.º 3, 2017, pp. 801-823.

cho internacional, y, menos aún sobre la financiación de terrorismo. Aunque a priori se pueda pensar que esta cuestión es meramente teórica, los resultados del mismo no son baladí, ya que la falta de uniformidad en el concepto tiene implicaciones prácticas en la lucha contra el terrorismo y su financiación que estudiaremos en profundidad en las próximas páginas.

Aunque desde el punto de vista jurídico no hay consenso sobre el concepto de terrorismo y el concepto de financiación del terrorismo, sin embargo, desde el punto de vista de las ciencias sociales, podemos destacar que sí que hay un mínimo consenso sobre las características principales del terrorismo. Es decir, que aunque haya miles de definiciones sobre el terrorismo emanadas por la doctrina de las ciencias sociales, se ha llegado a un consenso sobre que es una «forma de lucha política que desarrollan entidades no estatales mediante el empleo de la violencia armada contra objetivos preferentemente civiles, a los que se ataca por su valor simbólico, con la finalidad de presionar a la sociedad y a sus autoridades para lograr su desistimiento ante las pretensiones de tales organizaciones» (2). Además, algunos autores han expuesto que otra característica relevante del mismo es su naturaleza cambiante, por lo cual, para tener éxito en esta lucha, los actores implicados en la misma deben adquirir métodos eficaces para luchar contra estas organizaciones terroristas (3). En resumen, las tres características fundamentales del terrorismo es que es una lucha política, que usa violencia para llevar a cabo sus cometidos, y, por último, su naturaleza cambiante.

En este artículo intentaremos llevar a cabo una aproximación general al estudio de la financiación del terrorismo *online*, haciendo referencia a los métodos de lucha contra la financiación del terrorismo dispuesta tanto en la normativa nacional como en la europea, y, por último, los problemas específicos que presenta el empleo de sistemas de préstamo informal ajenos al sistema de control de los movimientos de capitales, más comúnmente conocido como el *hawala*.

---

(2) BUESA BLANCO, M., «Financiación del terrorismo.» en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, N.º 893, 2016, pp. 27-50.

(3) MALLADA FERNÁNDEZ, C., PÉREZ LÓPEZ, X. «Financiación del terrorismo online y blanqueo de capitales online: similitudes, divergencias y desafíos legislativos» en *Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*. Ed. IUGM, Madrid, 2016, pp. 255-279.

## 2. LOS CAMBIOS EN LA LUCHA CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La principal herramienta que tienen los Estados para poder luchar contra el terrorismo es bloquear las fuentes de financiación de los mismos. En este caso, podemos afirmar que los actores implicados en la lucha contra el terrorismo han dado pasos importantes en la adquisición y en la interiorización de este método de lucha, el bloqueo de sus fuentes de financiación. Es indudable que existe una conciencia clara en los legisladores nacionales, europeos e internacionales de la necesidad de controlar los flujos internacionales de capitales, para impedir la financiación de las actividades terroristas. Como prueba de esto, podemos destacar la gran cantidad de instrumentos internacionales que se han firmado en los últimos años para luchar contra el terrorismo y su financiación. Además, en estos instrumentos se constata la relación que hay entre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, por lo que los Estados han optado porque la lucha contra ambos sea una lucha conjunta (4).

El uso de las nuevas tecnologías ha determinado la aparición de una nueva forma de delincuencia especializada, la cibercriminalidad. Sin embargo, este nuevo tipo de delincuencia no se limita única y exclusivamente al uso y explotación de una ventaja tecnológica sino que se ha convertido en un nuevo tipo de delincuencia cuyos beneficios supera a los obtenidos por la delincuencia tradicional. De este modo, podemos cifrar los daños económicos directos a los consumi-

---

(4) Podemos mencionar el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 (entrado en vigor en 2002), la Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977 (modificado en 2003), el Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo de 2005, el Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005 (ratificado por España al final de 2009), la Decisión Marco del Consejo (2002/475/JAI) de 13 de junio de 2002 relativa a la Lucha contra el Terrorismo, la Directiva 2005/60/CE, de prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, o las IX Recomendaciones Especiales de la FATF sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de 2001 (modificadas en 2003 y en 2012).

dores en 113 millones de dólares al año (5) y los daños a la economía mundial entre 375 y 575 billones de dólares al año (6).

La lucha contra la ciberdelincuencia debe cambiar de paradigma, todo ello como resultado de las dificultades intrínsecas que plantea la persecución de la cibercriminalidad, ya que este tipo de delitos tiene como principal característica su instantaneidad. Por ello, las fuerzas de seguridad se encuentran en desventaja para poder perseguirlos, ya que deben cumplir fielmente las normas del ordenamiento jurídico para garantizar un proceso justo, lo cual, entra en colisión con este tipo de delincuencia que comete delitos en milésimas de segundos y, además, pueden hacerlos desde un ordenador que esté situado en la otra punta del mundo, por lo que se pueden plantar problemas de competencia entre las autoridades, problemas de intercambio de información, y, en definitiva, problemas a la hora de capturar a estos delincuentes. Es decir, Internet ha posibilitado que una organización criminal tenga presencia en diversos países, lo cual, hace que los delincuentes estén fuera del radio de acción jurisdiccional de las autoridades competentes (7).

Además, no debemos olvidarnos de que la ciberdelincuencia toma ventaja de los desfases legislativos, ya que el legislador va desarrollando y modificando las normas según la innovación y evolución de estas prácticas de los ciberdelincuentes. Por ello, la cibercriminalidad se aprovecha de estas «lagunas legislativas en el tiempo» para llevar a cabo sus fines delictivos. A pesar de la buena predisposición tanto de Europa como de los Estados Miembros para crear instrumentos y legislación de lucha contra este tipo de criminalidad, la lucha contra este tipo de delincuencia va un paso más atrás debido a su lentitud, y más aún, si nos referimos a las directivas que deben transponerse a los distintos ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros de la Unión Europea, por ello, actualmente es una prioridad legislativa tanto en España como en Europa que están realizando grandes esfuer-

---

(5) Norton Cybercrime Report 2013, octubre 2013. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [http://www.symantec.com/about/news/resources/press\\_kits/detail.jsp?pkid=norton-report-2013](http://www.symantec.com/about/news/resources/press_kits/detail.jsp?pkid=norton-report-2013).

(6) Center for Strategic and International Studies, «*Net Losses: Estimating the Global Cost of Cybercrime*», junio 2014: Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.mcafee.com/ca/resources/reports/rp-economic-impact-cyber-crime2.pdf>.

(7) SANSÓ-RUBERT, D., «La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno» en *UNISCI Discussion Papers*, n.º 9, octubre 2005. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72532/UNISCI9Sanso.pdf>.

zos legislativos en agilizar la elaboración de normas para prevenir y punir este tipo de delincuencia y aplicarla sin dilaciones.

Por otro lado, el uso de las nuevas tecnologías también sirve a las organizaciones terroristas para mover los fondos económicos de sus organizaciones de un lugar a otro sin levantar sospechas de las autoridades. Así pues, cada vez es más frecuente que los grupos terroristas aprovechen la desmaterialización de sus activos financieros permitidas por el uso de estas nuevas tecnologías para mover y, lo más importante, para sustraer del alcance de las jurisdicciones nacionales sus medios de financiación. Los Estados están empezando a tomar conciencia de estos métodos de financiación del terrorismo desde hace bien poco.

Esta desmaterialización del producto del delito hace que se pierda la cercanía física inmediata del delincuente con respecto al producto económico de su actividad delictiva por lo que este riesgo de la delincuencia tradicional se pierde. De todos modos, aunque con esta desmaterialización del producto del delito se dificulte el rastreo del mismo, las Fuerzas de Seguridad deben centrarse en perseguir otros items del delito, ya que las acciones de los cibercriminales también son rastreables y esta desmaterialización del producto en algún punto se vuelve a materializar.

La recientemente aprobada quinta Directiva de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Directiva de la UE 2018/843) (8) es ejemplo de todo ello donde por primera vez se califican a las monedas virtuales como uno de los principales instrumentos de riesgo en la financiación del terrorismo por lo cual se regula la utilización de las monedas virtuales para evitar su uso indebido con fines delictivos.

La Directiva, consciente de que las autoridades que luchan contra este tipo de delincuencia deben tener un papel determinante, apuesta por mejorar la capacidad de las mismas para rastrear a los terroristas a través de movimientos financieros. Así pues, el Preámbulo de la Directiva dispone que los recientes atentados terroristas *«han revelado la aparición de nuevas tendencias, especialmente en lo que se refiere a la manera en que se financian y ejecutan las operaciones de los grupos terroristas. Algunos servicios basados en tecnologías modernas están ganando popularidad como sistemas de financiación alternativos si bien permanecen fuera del ámbito de aplicación del*

---

(8) La Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 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 modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

*Derecho de la Unión o se benefician de exenciones de requisitos jurídicos que podrían haber dejado de estar justificadas. Para seguir el ritmo de evolución de estas tendencias, es preciso adoptar nuevas medidas destinadas a garantizar una mayor transparencia». De todos modos, «las medidas tomadas deben ser proporcionales a los riesgos». El entorno debe ser hostil «para los delincuentes que buscan refugio para sus finanzas a través de estructuras opacas» (9).*

En segundo lugar, la Directiva dota de un papel decisivo a las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF, SEPBLAC en España) (10), consciente de que son una parte crucial de la lucha contra el terrorismo y el uso de las TICS para llevar a cabo sus fines terroristas. En particular, la Directiva dispone lo siguiente: *«las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) nacionales deben poder obtener informaciones que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual»*. Además, *las plataformas virtuales de intercambio de divisas en Internet también se encuentran dentro de este apartado de la directiva, por lo que, también deberán implementar medidas preventivas de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo e informar de cualquier transacción sospechosa* (11).

En España, aún no se ha transpuesto la quinta directiva, pero sí que tenemos referencias en la Estrategia Nacional de Seguridad sobre la ciberdelincuencia, donde se expone que el terrorismo aprovecha las TIC para «obtener recursos». Y, que, además, la Administración debe usar las TICS para luchar contra este tipo de amenazas (12), y en la

---

(9) MARTOS, J. J., *Defraudación fiscal y nuevas tecnologías* (Monografía asociada al n.º 5 de la *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Madrid, Thomson-Aranzadi), 2007.

(10) Sobre las UIF véase MALLADA FERNÁNDEZ, C., *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Ed. Lex Nova, 2012.

(11) Como podemos observar, esta es una de las novedades más importantes de la Directiva, y por ello, se emplea un apartado individual en el informe.

(12) Estrategia de Seguridad Nacional 2017, p. 65. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional-2017>. Las amenazas en el espacio digital adquieren una dimensión global que va más allá de la tecnología. El ciberespacio es un escenario con características propias marcadas por su componente tecnológico, fácil accesibilidad, anonimidad, alta conexión y dinamismo. En los últimos tiempos, las acciones negativas en el ámbito de la Ciberseguridad han aumentado notablemente en número, alcance y sofisticación. Tales acciones adquieren creciente relevancia para España, un país altamente interconectado y que ocupa una posición de liderazgo en Europa en materia de implantación de redes digitales.

Desde un punto de vista tecnológico, ha de destacarse la transformación digital de la Administración. Este factor agudiza la dependencia de las tecnologías de la información, extiende la posible superficie de ataque y, en consecuencia, los beneficios potenciales derivados para los atacantes, en un entorno donde el derecho a la

Estrategia Nacional de Ciberseguridad se menciona conjuntamente en una de sus líneas de acción la lucha contra el blanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo en el ciberespacio (13).

En resumen, a pesar de que aún no se ha transpuesto la quinta Directiva de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, el legislador español ha empezado a tomar conciencia de la importancia de las nuevas tecnologías, ya sean usadas por los delincuentes para llevar a cabo sus actividades criminales, o, por las Fuerzas de Seguridad para perseguir este tipo de delincuencia.

---

protección de datos de carácter personal es un requisito esencial en la relación del ciudadano con la Administración por medios electrónicos.

(13) Estrategia de Ciberseguridad Nacional 2013, p. 35. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-ciberseguridad-nacional>

Las TIC constituyen un medio, un fin o una combinación de ambos, utilizado tanto por las organizaciones terroristas como por las delictivas para lograr sus objetivos. A esto debe unirse la posibilidad, cada vez mayor, de utilizar el ciberespacio como un objetivo en sí mismo para la perpetración de ataques contra servicios esenciales o Infraestructuras Críticas. En ambos casos deben potenciarse los mecanismos de prevención, detección, reacción, análisis, recuperación, respuesta, investigación y coordinación en torno a estas formas de criminalidad.

Potenciar las capacidades para detectar, investigar y perseguir las actividades terroristas y delictivas en el ciberespacio, sobre la base de un marco jurídico y operativo eficaz.

Esta línea de acción se concentra en combatir el terrorismo y la delincuencia que actúan en el ciberespacio, en su doble vertiente de instrumento facilitador de sus actividades y de objeto directo de su acción. En este concepto se incluyen también las organizaciones que hacen uso de la tecnología para financiarse o lucrarse, posibilitando la comisión de delitos y el blanqueo de capitales.

En esta línea de acción, el Gobierno de España abordará las medidas correspondientes, entre ellas:

- Integrar en el marco legal español las soluciones a los problemas que surjan relacionados con la ciberseguridad para la determinación de los tipos penales y el trabajo de los departamentos competentes.
- Ampliar y mejorar las capacidades de los organismos con competencias en la investigación y persecución del ciberterrorismo y la ciberdelincuencia así como asegurar la coordinación de estas capacidades con las actividades en el campo de la ciberseguridad, a través del intercambio de información e inteligencia por los canales de comunicación adecuados.
- Fortalecer la cooperación policial internacional y fomentar la colaboración ciudadana, articulando los instrumentos de intercambio y transmisión de información de interés policial.
- Asegurar a los profesionales del Derecho el acceso a la información y a los recursos que les proporcionen el nivel necesario de conocimientos en el ámbito judicial para la mejor aplicación del marco legal y técnico asociado. En este sentido, es especialmente importante la cooperación con el Consejo General del Poder Judicial, la Abogacía del Estado, la Fiscalía General del Estado, la Fiscalía Coordinadora de la Criminalidad Informática y el Consejo General de la Abogacía Española.

### 3. LOS SISTEMAS TIF O TRANSFERENCIAS INFORMALES DE FONDOS AL EXTERIOR

Uno de los métodos más usados para poder mover el dinero de un lugar a otro sin levantar sospechas por las organizaciones terroristas son los sistemas TIF o transferencias informales de fondos al exterior. Estos sistemas son ajenos al control fiscal de la Administración (14) y se caracterizan porque (15) operan frecuentemente fuera de los sistemas financieros nacionales; No suele haber movimiento físico ni electrónico de los fondos; y, por último, la transferencia se suele anotar en libros que una vez realizada la operación se destruyen.

Al no existir ni registros, ni medidas de diligencia debida, ni se respeta el *know your customer*, suelen ser utilizados por redes terroristas para mover el dinero que utilizarán para sus actos criminales sin levantar sospechas, y, sin que pueda ser rastreado por las autoridades.

El GAFI distingue varias categorías de TIFs en función del tipo de negocio ante el que nos encontremos:

- *Compañías de franquicias multinacionales.*
- *Compañías de franquicias nacionales o con varios establecimientos.*
- *Signed shop-front premises.*
- *ARS descubiertos, sin otros negocios.*
- *ARS ocultos, sin otros negocios.*
- *ARS ocultos, sin establecimientos.*

La *hawala* es un sistema antiquísimo usado en Oriente Medio y en Asia Oriental desde hace cientos de años para mover dinero entre los distintos países (16). Su origen se remonta a la Ruta de la Seda, donde

---

(14) Lombardero Expósito los define como *aquellos sistemas de transmisión de fondos realizados al margen del sistema financiero regulado, basados en lazos étnicos o culturales, y sobre todo, en la confianza, en los cuales no se produce movimiento físico o telemático de los fondos y que escapan totalmente al control de la Administración tributaria* en LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M., *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 65.

(15) Véase *Memoria Anual del SEPBLAC*, 2016 en <http://www.sepblac.es>, y LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M., *El blanqueo de capitales, op. cit.*, pp. 64 y ss.

(16) Este sistema es muy parecido al de nuestra letra de cambio, la cual nació en la Italia medieval, donde los mercaderes debían hacer largos recorridos entre las ciudades donde se encontraban los principales mercados, por lo que para evitar los riesgos que suponía llevar el dinero en metálico con ellos, acudían al banquero de su ciudad, y le depositaban el dinero. Éste emitía una carta en la cual reconocía una deuda con su cliente, y ordenaba a un banquero de la ciudad de destino, su correspon-



los árabes utilizaban estos cheques para evitar ser asaltados. Su uso está documentado desde el siglo IX en los tiempos del califato abasida. En la actualidad se usa por millones de trabajadores inmigrantes para enviar dinero a sus familias. El FinCEN (Financial Crimes Enforcement Network) lo define como un sistema de envío de remesas informales que no requieren la verificación de la identidad de los transferentes ni la detección o reporte de aquellas transacciones que resulten sospechosas. La transferencia de dinero se realiza a través de una red no regulada en la cual no hay movimiento físico del dinero. La operación se realiza entre el *hawaladar* intermediario ordenante y el *hawaladar* intermediario receptor que recibe el dinero (17).

El sistema *hawala* está basado en la confianza entre los *hawaladar* intermediarios (intermediario ordenante e intermediario receptor). Hablamos de sumas destacables y debe haber confianza ciega de los clientes hacia los corresponsales y de estos entre sí. De ahí que subsista entre comunidades étnicas cerradas y con una gran población dispersa a lo largo del planeta. Sin embargo, no es patrimonio exclusivo de ellos, existiendo profesionales financieros occidentales que se han dedicado a este tipo de prácticas, ajenos a cualquier grupo étnico. Otra de sus características es que se trata de un sistema sencillo que no necesita grandes infraestructuras, ni sucursales, ni sistemas *Swift* para ser llevados a cabo, de ahí su enorme éxito. Es decir, el *hawala* es, más o menos, una compensación de saldos entre corresponsales internacionales. Las cifras rondan en torno a billones de dólares que se mueven por medio de este sistema informal y anónimo. En cualquier operación de *hawala* distinguiremos al menos cuatro contratantes: el transferente, que es la persona que entrega el dinero en efectivo que se va a transferir; el receptor, que es la persona que recibe en último caso el dinero; el *hawaladar* que recibe el dinero del transferente y lo envía a cambio de una comisión; y, por último, el *hawaladar* que recibe la orden de pago del otro intermediario y efectúa la orden de pago al receptor.

---

sal, que cuando le entregase esa carta, le diera al portador de la misma el dinero correspondiente.

(17) FATF/OECD., *Best practices issued by the Middle East and North Africa Financial Action Task Force Concerning the Hawala*: Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.menafatf.org/images/UploadFiles/best%20practices%20on%20Hawala.pdf>.

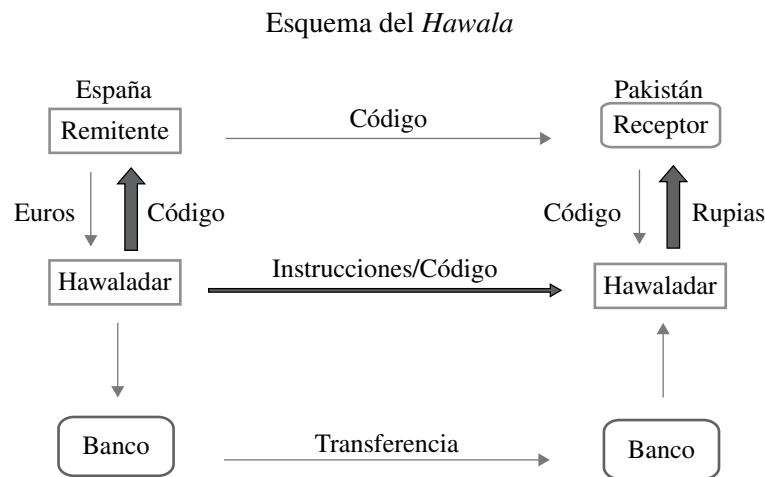
Texto original: *an informal remittance system that does not require transferors identity verification, or detecting and reporting suspicious transactions. The transfer of money is carried out through unregulated network with no physical or electronic movement of money. The settlement takes place between the hawaladar (intermediary commander) and the other hawaladar (intermediary receiver) from whom the money is received.*

La operación *hawala* comienza con el contacto de la persona que quiere enviar dinero visitando la tienda del *hawaladar* intermediario, al cual le entrega en efectivo la cantidad que quiere enviar, pongamos por ejemplo a China, más una comisión y la dirección y los datos personales de la persona que lo va a recibir. El *hawaladar* le da al cliente un recibo como justificante de la operación, que en muchas ocasiones es un simple trozo de papel; después, contacta con otro *hawaladar* en el país del receptor del dinero, en este caso China, mediante fax o Internet enviándole un código o contraseña (puede ser una palabra, un apretón de manos o cualquier gesto) que también tiene el destinatario del dinero. Los datos personales de los clientes se guardan mientras se está realizando la operación, pero una vez concluida ésta se destruyen. Es una operación totalmente opaca para la Administración Tributaria. Ese dinero es una suma no declarada, en efectivo, que se quiere sacar del país, pero no puede hacerse legalmente, bien por motivos fiscales, porque no existe la libertad de circulación de capitales, o bien porque tiene un origen ilícito (puede proceder de un delito y quiere blanquearlo o simplemente quiere evitar el pago de tributos) o desea usarse para un fin ilícito (financiación del terrorismo). En realidad, no hay movimiento de dinero de un país a otro, ni físico, ni electrónico, ya que el *hawaladar* situado en el país del receptor también hará transferencias al país de origen para cuadrar las cuentas, y, en el caso de que se descompensen las cuentas harán, en última instancia, un envío físico de dinero, o transferencia bancaria para compensar las cuentas. Los intermediarios suelen operar muchas veces con dinero propio, ya que no siempre van a coincidir dos operaciones iguales en un lapso corto de tiempo, pero, sea como sea, al final las cuentas de los *hawaladar* tienen que cuadrar, para lo que es necesario que el sistema sea usado con habitualidad. Y, evidentemente, el sistema es usado por miles de personas por varias razones. En primer lugar, es un sistema usado por aquellos inmigrantes cuyos países de origen tienen unas instituciones financieras ineficientes y con altas comisiones, y, en segundo lugar, porque a los costes normales del sistema bancario hay que sumarle la imposición fiscal, además de las restricciones de movimientos al extranjero que poseen algunos países, lo que se une al hecho de que muchos de estos inmigrantes no pueden acceder a los sistemas normales de banca, por estar de forma ilegal en el país. Es decir, es usado por el menor costo, la eficiencia, la fiabilidad, la escasez de burocracia, la inexistencia de identificación y la evasión de impuestos (18).

---

(18) Secretaría General de Interpol, *The hawala alternative remittance system and its role in money laundering*: Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.interpol.int/Public/FinancialCrime/MoneyLaundering/hawala/>.

Y, ¿por qué se utiliza por las redes terroristas para financiar sus actividades? Pues, fundamentalmente por la ausencia de normativas preventivas del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo: es decir, ausencia del *Know your customer* y de las medidas de diligencia debida que se establecen en el código de medidas de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de cualquier entidad financiera. El problema de estas redes *hawala* es que llevan a cabo tantísimas transacciones legítimas entre los inmigrantes de los países de Asia Oriental y Oriente Medio, que es muy complicado descubrir cuáles están moviendo dinero de origen negro, o dinero de origen gris. Por otra parte, la mayoría de estos intermediarios, además de realizar estas transferencias de dinero en efectivo tienen otros negocios que usan como tapadera. Normalmente se dedican a la venta o alquiler de automóviles, tiendas de móviles, casas de cambio, compra y venta de oro, etc., lo cual entorpece aún más las investigaciones.



Fuente: elaboración propia

La normativa respecto al *hawala* es escasa, tanto en el derecho interno español como en el derecho internacional. En realidad sólo puede hablarse, con cierta propiedad, de la existencia de una Recomendación del GAFI sobre este sistema de intercambio, todo ello debido a la informalidad propia de este sistema. Además, a pesar de la reminiscencia histórica del *hawala*, la preocupación por el uso de este sistema para el blanqueo de capitales, la evasión fiscal y la financia-

ción del terrorismo, es relativamente reciente (19). Así, la primera convención que hace una referencia a los TIF es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, aunque simplemente hace una referencia muy general en su artículo 7.1.a), al establecer las medidas para combatir el blanqueo de capitales. GAFI sí que ha prestado atención a este sistema de transferir dinero y así, en su Recomendación Especial VI del GAFI, de 20 de junio de 2003, hace una recomendación a los países para que tomen medidas respecto a estos sistemas de transmisión de dinero, así dispone que:

*Los países deben tomar medidas para asegurar que las personas naturales o jurídicas, incluyendo a los agentes, que prestan un servicio para la transmisión de dinero o valor incluyendo la transmisión a través de un sistema o red informal de transferencia de dinero o valor reciban licencia o sean registrados y estén sujetos a todas las Recomendaciones del GAFI que se apliquen a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país debe asegurar que las personas o entidades legales que lleven a cabo este servicio ilícitamente estén sujetas a sanciones administrativas, civiles o penales.*

En Derecho comunitario debemos destacar la Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE y las Directivas relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, en la cual, dentro de las entidades financieras que deben cumplir con las medidas preventivas del blanqueo de capitales, la Directiva incluye las empresas de transferencia o envío de dinero, pero no tenemos ninguna referencia exclusiva a esos sistemas informales de transferencia del dinero.

No obstante, debemos destacar un Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronteri-

---

(19) PALICIO DÍAS-FAES, I., «El intercambio internacional de información financiera y la lucha contra la financiación del terrorismo: el acuerdo UE-EEUU sobre Swift» en *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), ISSN-e 1696-3466, N.º 49, pp. 1-7, 2010. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698/ARI49-2010\\_Palicio\\_intercambio\\_informacion\\_financiera\\_terrorismo\\_Swift.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698/ARI49-2010_Palicio_intercambio_informacion_financiera_terrorismo_Swift.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698).

zas (20). En dicho informe se dispone que la Comisión detectó productos y servicios que son vulnerables de financiación de terrorismo pero que no están incluidos en la directiva de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Entre estos productos se encuentran las monedas virtuales, ya incluidas en la quinta directiva, y Hawala y otros proveedores similares de servicios de transferencias de valor no oficiales (21).

El problema derivado del uso del Hawala y los demás servicios de transferencias de valor no oficiales es que suelen considerarse como ilegales, puesto que normalmente no están registrados ni cumplen los requisitos de la segunda Directiva sobre servicios de pago (22). Por ello el informe termina aconsejando que deben realizarse *análisis adicionales sobre los riesgos que representan Hawala y los servicios de transferencias de valor informales: deben estudiarse en mayor medida la magnitud del problema y las posibles soluciones para la aplicación de la legislación. Se requiere la participación de las autoridades encargadas de la aplicación de la legislación, especialmente Europol y Eurojust, junto con la de los supervisores, con el fin de adoptar medidas disuasorias contra posibles agentes no cooperantes y ayudar a los operadores que desean ofrecer servicios legítimos en un entorno que respete las normas aplicables* (23).

---

(20) Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas visto en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-340-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

(21) *La Comisión ha detectado cuarenta productos o servicios que podrían ser vulnerables a riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior. Abarcan once sectores profesionales, entre ellos los definidos en la cuarta Directiva antiblanqueo y algunos no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero que resultan pertinentes para la evaluación supranacional de riesgos. Los riesgos detectados están vinculados con el empleo de efectivo, las monedas virtuales, la microfinanciación colectiva, los seguros distintos del de vida y las organizaciones sin ánimo de lucro, así como con Hawala y otros proveedores similares de servicios de transferencias de valor no oficiales.*

(22) *Este problema se ve agravado por lo difícil que resulta detectar la existencia de Hawala o servicios similares: las transacciones suelen estar agrupadas, se compensan mediante la importación o exportación de bienes y tienen un rastro de información limitado. La reducción del riesgo también es un factor importante en este sentido, puesto que los clientes rechazados por proveedores de servicios financieros regulados recurren en ocasiones a este tipo de servicios ilegales.*

(23) EUROPOL, EC3. Internet Organised Crime Assessment (iOCTA), 2014. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta>.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, las pocas previsiones que tenemos son las derivadas de la transposición de las directivas europeas a nuestro ordenamiento en materia de prevención del blanqueo de capitales (24). La red de *hawala* en España la forman alrededor de 200 paquistaníes y mueve los ahorros de unos 100.000 musulmanes, sirios, tunecinos, argelinos, turcos, indios y, sobre todo, paquistaníes que envían el dinero a sus familias situadas en diversas partes del mundo (25). Los *hawaladares* tienen oficinas ilegales en las ciudades donde está más arraigada la comunidad paquistaní: Barcelona, Tarragona, Lérida, Valencia, Madrid, Logroño, León, Jaén y Almería. La constante aparición del *hawala* como medio para financiar a *Al Qaeda* ha movilizado a los organismos e instituciones, pero, aunque entre un 25% y un 50% de las transacciones en Oriente Próximo son opacas, actualmente, no hay forma de perseguirlas dada su informalidad (26).

---

(24) Podemos destacar la ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, dispone que hay libertad de movimientos y de transferencias con el exterior, pero deben ir siempre acompañados de una declaración que se hará al Banco de España (artículo 3.1), cosa que en las transferencias *hawala* no se cumple.

(25) Datos extraídos del periódico *El País*, IRUJO, J. M., «La ruta española del hawala», *El País*, 31 de octubre de 2005 en [http://www.elpais.com/articulo/espana/ruta/espanola/hawala/elpporesp/20051031elpepinac\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/ruta/espanola/hawala/elpporesp/20051031elpepinac_1/Tes).

(26) En cuanto a la lucha contra la financiación del terrorismo, debemos destacar que la misma debe ser llevada a cabo por las Fuerzas de Seguridad tanto con medios tradicionales como con medios tecnológicos. En cuanto a los medios tradicionales que pueden ser llevados a cabo por las Fuerzas de Seguridad para luchar contra este tipo de delitos, tenemos la vigilancia física al menos del *hawaladar* de origen o la intercepción de sus comunicaciones telefónicas podrán ser eficaces ocasionalmente teniendo en cuenta el carácter informal y de confianza del sistema, mientras que los medios tradicionales de lucha contra la delincuencia económica pueden ser útiles para el seguimiento del reintegro de cuentas entre el *hawaladar* de origen y el *hawaladar* de destino, reintegro que se lleva a cabo en ocasiones dentro del sistema bancario convencional. En cuanto a los medios informáticos, la comunicación entre el *hawaladar* de origen y el *hawaladar* de destino se lleva a cabo normalmente mediante llamada telefónica o mediante medios de comunicación electrónicos: frecuentemente, mediante e-mails encriptados y por medio de canales opacos (tales como las redes alternativas de tipo TOR). Por ello, las Fuerzas de Seguridad deberán seguir la pista del flujo de los activos, prestando atención a los canales de comunicación electrónicos.

Llegados a este punto, podemos ver cómo el problema del uso de las TIC para luchar contra la financiación del terrorismo en España es la falta de medios. Así pues, el uso de las TIC para luchar contra la financiación del terrorismo en España, es realmente escasa.

Véase GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Ed. Bosch 2014, p. 209; GARCÍA NORIEGA, A., «Blanqueo y antiblan-

### 3.1 Otros sistemas TIF similares al *hawala*

En la actualidad, existen otros sistemas muy parecidos al *hawala*, como pueden ser los sistemas de vales, usados básicamente en Asia Oriental. Este sistema, muy parecido al *hawala*, se usa sobretudo en China y fue introducido por los colonialistas británicos en el S. XIX. Mediante el mismo se depositaba el salario del trabajador en una cuenta y este firmaba vales para la comida, ropa, etc., que posteriormente se liquidaban contra la citada cuenta, pero que podían negociarse. En la actualidad su funcionamiento es muy simple. El cliente se dirige a una agencia y entrega cierta cantidad de dinero, para que a su vez, se entregue a una persona o cuenta en el exterior. La agencia contacta con su agencia afiliada en el exterior para indicarle que entregue el dinero, con lo que la agencia de origen obtiene una comisión. Para que la persona que debe recibir los fondos los reciba efectivamente, debe presentar un objeto, (aunque esto pueda resultar chocante en nuestra cultura, e incluso algo ridículo, se entrega la mitad de una cerilla, de un ticket o similar) que encaja con la que tiene en su poder el agente que debe entregarlos. Con lo cual, todas aquellas personas que no desean que se conozca el origen del dinero (tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilegal de armas, etc.) pueden utilizar este sistema sin tener que declarar el origen de los fondos (27).

También existe otro método, llamado Black Market Peso Exchange (BMPE).- Este método de transferencia es originario de América del Sur, y actualmente es utilizado en países tales como Venezuela, Colombia, Panamá o Estados Unidos. Suele estar relacionado con el tráfico de estupefacientes entre América del Norte y América del Sur. En primer lugar, un exportador de drogas las envía a Estados Unidos donde las vende en dólares. Estos dólares son adquiridos por intermediarios, con una comisión. Una vez que tienen los dólares en su poder, lo notifican a otros intermediarios en el lugar de origen del exportador de la droga, que deposita el importe de la droga, en moneda local, en las cuentas del exportador. Después, los intermediarios ubicados en Estados Unidos introducen los dólares obtenidos (con su comisión aparte) en el sistema financiero estadounidense, con lo cual consiguen su obje-

---

queo de capitales. *Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*». Ed. Difusión. *Economist & Jurist* 2014, p. 31; MALLADA FERNÁNDEZ, C., y PÉREZ LÓPEZ, X. «Financiación del terrorismo online y blanqueo de capitales *online*: similitudes, divergencias y desafíos legislativos», *op. cit.*, p. 258.

(27) LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M. *El blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, *op. cit.*, pp. 287-288.

tivo, por un lado, vender la droga y por otro blanquear los capitales procedentes de esa venta en el sistema financiero estadounidense.

#### 4. ¿ES EFICAZ LA LEGISLACIÓN ACTUAL CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO? EL *MONEY LAUNDERING REVERSE*.

De las definiciones de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, podemos elucidar que el objetivo del blanqueo de capitales es darle una apariencia de legalidad a aquel dinero o bienes que proceden de actividades delictivas, es decir, el blanqueo de capitales consiste en que los fondos obtenidos a través de actividades ilegales aparecen como el resultado de las actividades legítimas y circulan con total apariencia de legalidad en el sistema financiero (28). En cambio, el objetivo de la financiación del terrorismo consiste en utilizar capitales que pueden tener una procedencia tanto legal como ilegal para realizar actos terroristas. Debido a esto, la financiación del terrorismo se ha conocido como la cara inversa del blanqueo de capitales «*money laundering reverse*» (29).

(28) Véase HAIGNER, S. D.; SCHNEIDER, F., and WAKOLBINGER, F., 2012. «Combating money laundering and the financing of terrorism: A survey» en *Economics of Security Working Paper 65*, Berlin: *Economics of Security*. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.404013.de/diw\\_econsec0065.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.404013.de/diw_econsec0065.pdf); HARDOUIN P., WEICHHARD, R., «Terrorist fund raising through criminal activities», *Journal of Money Laundering Control*, 9(3), pp. 303-308, 2006- Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1563503&show=abstract>; SCHNEIDER, F., and R. CARUSO., «The (Hidden) Financial Flows of Terrorist and Transnational Crime Organizations: A Literature Review and Some Preliminary Empirical Results» en *Economics of Security Working Paper 52*, Berlin: Economics of Security, 2011. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.386645.de/diw\\_econsec0052.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.386645.de/diw_econsec0052.pdf); SCHNEIDER, F., «Die Finanzströme von Organisierter Kriminalität und Terrorismus: Was wissen wir (nicht)? Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung», *DIW Berlin*, 78(4), pp. 73-87, 2009; SCHNEIDER, F., WINDISCHBAUER, U., «Money Laundering: Some Facts», *European Journal of Law and Economics*, 26(4), 2008, pp. 387-404. Página visitada el 12 diciembre de 2018 [http://econpapers.repec.org/article/kapejlwec/v\\_3a26\\_3ay\\_3a2008\\_3ai\\_3a3\\_3ap\\_3a387-404.htm](http://econpapers.repec.org/article/kapejlwec/v_3a26_3ay_3a2008_3ai_3a3_3ap_3a387-404.htm)

(29) JOHNSON, J., «Is the global financial system AML/CFT prepared?», *Journal of Financial Crime*, 15(1), pp. 7-21, 2008. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1641902&show=abstract>; KOH, J. M., *Suppressing terrorist financing and money laundering*, Ed. Springer, Berlin, 2006; LEVI, M., y GILMORE, W., «Terrorist Finance,



Por tanto, debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿deben el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo ser regulados conjuntamente? A pesar de ser conductas totalmente diferentes, utilizan los mismos métodos para llevar a cabo sus propósitos, por ello, aunque a priori pueden parecer diametralmente opuestos entre sí, comparten una gran cantidad de factores en común. El proceso de financiación del terrorismo funciona como el blanqueo de capitales, pero a la inversa. En otras palabras, se puede observar cómo la financiación del terrorismo comparte el *modus operandi* del blanqueo de capitales, pero a la inversa (30). Mientras que el proceso de blanqueo de capitales consiste en inyectar ilegalmente dinero en el sistema financiero para transformarlo en legal, en la financiación del terrorismo se invierte el proceso, esto es, nos encontramos ante fondos legales o ilegales que se utilizarán para actividades ilegales. Como resultado, en la financiación del terrorismo se vuelve más importante el ocultamiento sendero que el proceso para ocultarlo (31).

La diferencia entre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo se encuentran en el propósito de ambos, pero esta diferencia de propósito no permite siempre que los mecanismos para prevenir y combatir el blanqueo de capitales sean igualmente eficaces para prevenir la financiación del terrorismo. De todos modos, en la práctica, el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo pueden a menudo aparecer entremezclados, su cercanía es irrefutable.

Pero un problema de este razonamiento es que cuando tenemos dinero procedente de fuentes ilegales para financiar actividades ilegales como el terrorismo, el blanqueo de capitales es innecesario e inefectivo para el control de estos casos. Este dinero nunca se introducirá en el sistema financiero y su detección es extremadamente complicada. En estos casos, el dinero se mantiene en la economía sumergida y si los terroristas necesitan moverlo, sus organizaciones utilizarán los métodos de transferencia informal del dinero paralelo al sistema financiero tradicional, cuyo objetivo es borrar la pista del mismo para que las autoridades no puedan seguir el rastro (el sis-

---

Money Laundering and the Rise and Rise of Mutual Evaluation: A New Paradigm for Crime Control», en *Financing Terrorism*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 87-115.

(30) CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2008, p. 7. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-14.pdf>

(31) SHELLEY, L., *The Nexus between Terrorism and Organized Crime. Confronting Terrorism Financing*, Lanham, MD, University Press of America, 2005, pp. 29-33.

tema *hawala*). Por lo tanto, el dinero se queda en la economía sumergida y se moverá a través de redes informales de intercambio de dinero.

En resumen, aunque los métodos de lucha contra el blanqueo de capitales no siempre son eficaces para combatir la financiación del terrorismo, no obstante, con el fin de luchar contra este tipo de delincuencia, creemos que la cooperación entre las autoridades y los organismos encargados de monitorizar este tipo de delitos puede ser muy eficaz ya que pueden intercambiar información sobre los dos sentidos de los flujos financieros de este dinero (de legal a ilegal y viceversa).

Además, debemos tener en cuenta que las organizaciones terroristas en ocasiones no requieren grandes infraestructuras para llevar a cabo sus fines delictivos, ya que algunos ataques son realmente muy poco costosos desde el punto de vista económico y los recursos financieros necesarios para que estos grupos terroristas existan no son lo suficientemente importantes como para despertar las sospechas de las autoridades de control. Por lo tanto, los controles financieros no son un método realmente eficaz para la lucha contra la financiación del terrorismo. Necesitamos otros métodos para controlar y prevenir este delito, porque el dinero que utilizan para sus propósitos criminales es sólo un medio, no el fin del ataque terrorista.

Después del 11S se desarrollaron multitud de medidas para reducir la financiación del terrorismo, (es decir, para detectar las transacciones sospechosas y proceder a bloquearlas). Este tipo de medidas han sido principalmente preventivas e ineficaces porque las autoridades están luchando contra un fenómeno desconocido, con métodos que han sido creados para luchar contra otros delitos, tales como el blanqueo de capitales, que aunque sean similares, no son idénticos. Pero es un primer paso para luchar contra la financiación del terrorismo (32).

---

(32) CAMPÓN DOMINGUEZ J. A., «El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo como amenazas a la seguridad», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n.º 30, 2004, p. 120; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: una lucha desenfocada» en *Athena Paper*, Vol. 2, n.º 22, 2007. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <http://www.gees.org/documentos/Documen-02655.pdf>; PASSAS, N., y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: mitos y realidades», *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, 2, junio-noviembre, 2007 pp. 493-521. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia200715&dsID=financiacion\\_terrorismo.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia200715&dsID=financiacion_terrorismo.pdf); HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Madrid. Ed. Tecnos, 2009.

## 5. CONCLUSIONES

El terrorismo y su financiación son un reto para las sociedades modernas. El terrorismo puede producir costos directos (los ataques terroristas) y costes indirectos, la reacción de los agentes económicos a la amenaza del terrorismo y el blanqueo de capitales (33).

Los gobiernos pueden crear instrumentos para perseguir la financiación de estos grupos terroristas. Debemos poner el punto de inicio de estas legislaciones en el 11S. Después de estos ataques terroristas se introdujeron diversas medidas para luchar contra el blanqueo de capitales, medidas que fueron extendidas para luchar también contra la financiación del terrorismo. Sin embargo, como ya hemos comentado en este trabajo, una simple analogía entre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es una comparación débil e imprecisa. El objetivo del blanqueo de capitales es dar apariencia de legitimidad al dinero. Contrariamente, los grupos terroristas pueden financiarse tanto por fuentes legítimas como por fuentes ilegítimas, pero siempre el uso de estos fondos estará destinado a un uso criminal. Por eso, algunos autores afirman que la financiación del terrorismo es el blanqueo de capitales «a la inversa».

¿Debe la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales estar regulados conjuntamente en las medidas preventivas? La financiación del terrorismo (y teniendo en cuenta el papel del blanqueo de capitales en este proceso) se debe combatir desde el punto de vista de la legislación preventiva, interrumpiendo los flujos de dinero. Esta política preventiva trata de hacer que cometer actos terroristas sea más difícil y caro y por lo tanto menos probable. El problema de estos métodos de prevención es que hoy en día hay grupos terroristas que sólo necesitan un pequeño presupuesto para sus fines delictivos. Este movimiento de los fondos puede ser más difícil de detectar por las autoridades encargadas de combatir el blanqueo de capitales. Por lo tanto, creemos que, con las legislaciones preventivas que existen hoy en día para perseguir tanto la financiación del terrorismo como el

---

(33) KRIEGER y MEIERRIEKS, «What causes terrorism?», en *D. Public Choice*, 147, 2001, pp. 20-21. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: <https://doi.org/10.1007/s11127-010-9601-12011>, pp. 20-21; ENDERS, W., y SANDLER, T. 2002. «Patterns of Transnational Terrorism, 1970-1999: Alternative Time-Series Estimates» en *International Studies Quarterly*, 46(2), 2002, pp. 145-165; ERTL, B., «Der Kampf gegen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung» en *Working Paper 4/2004*, Bundesministerium für Finanzen, Vienna, 2004 Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.404013.de/diw\\_econsec0065.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.404013.de/diw_econsec0065.pdf).

blanqueo de capitales, se debe añadir nueva legislación exclusiva para luchar contra la financiación del terrorismo, ya que este delito tiene peculiaridades propias que el blanqueo de capitales no tiene.

Por todo, creemos que las medidas preventivas son más eficaces que las medidas represivas para luchar contra este tipo de delitos y necesarias, pero como adelantábamos al principio de este artículo, las medidas legislativas son más lentas que las organizaciones delictivas, por ello, el legislador siempre va un paso más atrás que la delincuencia.

Internet ha abierto un nuevo campo de posibilidades para los ciberdelincuentes que han encontrado en la desmaterialización del producto del delito una manera de poder eludir la persecución de las autoridades. Esta desmaterialización hace que se pierda la cercanía física inmediata del delincuente con respecto al producto económico de su actividad delictiva por lo que se dificulta enormemente el rastreo de las ganancias del delito y de los ciberdelincuentes. De todos modos, creemos que para evitar este problema, las Fuerzas de Seguridad deben centrarse en perseguir otros ítems del delito, ya que las acciones de los cibercriminales, aunque dejan poco rastro, como hemos visto en este artículo, también son rastreables, y la transformación del producto del delito en algo casi invisible, en algún punto del proceso, se vuelve a materializar para poder ser usado por el delincuente.

La lucha contra la cibercriminalidad se ha convertido en una prioridad legislativa tanto en España como en Europa. Fruto de esta preocupación es la recientemente aprobada quinta Directiva de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Directiva de la UE 2018/843) (34) donde por primera vez se califican a las monedas virtuales como uno de los principales instrumentos de riesgo en la financiación del terrorismo por lo cual se regula la utilización de las monedas virtuales para evitar su uso indebido con fines delictivos. De todos modos, a pesar de la buena predisposición tanto del legislador español como del europeo, aún queda mucho por legislar en materia de financiación del terrorismo. Un ejemplo de esto es el uso de los sistemas de transferencia informales del dinero (TIF), más comúnmente conocidos como *hawala* por las redes terroristas y organizaciones criminales, ya que quedan fuera del alcance de la directiva de prevención de blanqueo de capitales y financiación

---

(34) La Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 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 modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

del terrorismo. No obstante, quizás una modificación necesaria de esta Directiva, sería incluir un reporte necesario a las UIF de todas aquellas personas físicas o jurídicas rechazadas por los proveedores de servicios financieros, ya que estos proveedores sí que están incluidos como sujetos obligados de la normativa preventiva de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; y, las personas rechazadas por estos sujetos obligados, suelen acudir a este tipo de servicios ilegales relacionados con el *hawala* para poder realizar sus transacciones (35).

Por último y para finalizar, creemos que es necesaria una armonización del derecho penal en estas materias. Tal vez, en el futuro, podríamos avanzar hacia un Derecho penal europeo en el cual se tipificaran únicamente estos delitos para todos los Estados Miembros lo que permitiría una persecución conjunta más coherente y unificada.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BUESA BLANCO, M., «Financiación del terrorismo», en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 893, 2016.
- CAMPÓN DOMINGUEZ J. A., 2004. «El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo como amenazas a la seguridad», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, ISSN 1136-4645, n.º 30, 2004.
- CANO PAÑOS, M. A., «Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2008.
- Center for Strategic and International studies, «Net Losses: Estimating the Global Cost of Cybercrime», junio 2014, <http://www.mcafee.com/cal/resources/reports/rp-economic-impact-cybercrime2.pdf>
- DE MOSTEYRÍN, L. M. F., & López, P. L. «Paradigmas y prevención del terrorismo: una aproximación al Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta», en *Política y Sociedad*, Vol. 54, n.º 3, 2017.
- ENDERS, W., y SANDLER, T. 2002. «Patterns of Transnational Terrorism, 1970-1999: Alternative Time-Series Estimates», en *International Studies Quarterly*, 46(2), 2002.
- ERTL, B., «Der Kampf gegen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung», en *Working Paper 4/2004*, Bundesministerium für Finanzen, Vienna,

---

(35) Aun así, esta no es la solución última debido a lo *difícil que resulta detectar la existencia de Hawala o servicios similares: las transacciones suelen estar agrupadas, se compensan mediante la importación o exportación de bienes y tienen un rastro de información limitado. La reducción del riesgo también es un factor importante en este sentido, puesto que los clientes son rechazados.*

Véase MALLADA FERNANDEZ, C., y PÉREZ LÓPEZ X., «Financiación del terrorismo online y blanqueo de capitales online: similitudes, divergencias y desafíos legislativo», *op. cit.*, p. 262.

- 2004: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.404013.de/diw\\_econsec0065.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.404013.de/diw_econsec0065.pdf).
- Estrategia de ciberseguridad nacional 2013: <http://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-ciberseguridad-nacional>.
- Estrategia de seguridad nacional 2017: <http://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional-2017>.
- Europol, EC3 (2014). Internet Organised Crime Assessment (iOCTA): <https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta>.
- FATF/OECD (2010a) «FATF 40 recommendations, October 2003, incorporating all subsequent amendments until October 2004», Financial Action Task Force, Paris, [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org).
- FATF/OECD (2010b) «FATF IX Special recommendations on terrorist financing, October 2001, incorporating all subsequent amendments until February 2008», Financial Action Task Force, Paris, [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org).
- FATF/OECD., *Best practices issued by the Middle East and North Africa Financial Action Task Force Concerning the Hawala*: <http://www.mena-fatf.org/images/UploadFiles/best%20practices%20on%20Hawala.pdf>.
- GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*, Ed. Bosch, 2014.
- GARCÍA NORIEGA, A., *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*. Ed. Difusión Economist & Jurist, 2014.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: una lucha desenfocada» en *Athena Paper*, Vol. 2, n.º 22, 2007: <http://www.gees.org/documentos/Documen-02655.pdf>.
- HAGNER, S. D.; SCHNEIDER, F., and WAKOLBINGER, F., 2012. «Combating money laundering and the financing of terrorism: A survey», en *Economics of Security Working Paper 65*, Berlin: *Economics of Security*: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.404013.de/diw\\_econsec0065.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.404013.de/diw_econsec0065.pdf).
- HARDOUIN P., y WEICHHARD, R., «Terrorist fund raising through criminal activities», *Journal of Money Laundering Control*, 9(3), 2006: <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1563503&show=abstract>.
- HINOJOSA MARTINEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Madrid. Ed. Tecnos, 2009.
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM>.
- IRUJO, J. M., «La ruta española del hawala», *El País*, 31 de octubre de 2005 en [http://www.elpais.com/articulo/espana/ruta/espanola/hawala/elpporesp/20051031elpepinac\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/ruta/espanola/hawala/elpporesp/20051031elpepinac_1/Tes).
- JOHNSON, J., «Is the global financial system AML/CFT prepared?», *Journal of Financial Crime*, 15(1), 2008: <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?articleid=1641902&show=Abstract>.
- KOH, J. M., *Suppressing terrorist financing and money laundering*, Ed. Springer, Berlin, 2006.

- KRIEGER y MEIERRIEKS, «What causes terrorism?», en *D. Public Choice*, 147, 2001.
- LEVI, M., y GILMORE, W., «Terrorist Finance, Money Laundering and the Rise and Rise of Mutual Evaluation: A New Paradigm for Crime Control», en *Financing Terrorism*, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2002.
- LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M. *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- MALLADA FERNÁNDEZ, C., *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*. Ed. Lex Nova, 2012.
- MALLADA FERNÁNDEZ, C., y PÉREZ LÓPEZ, X. «Financiación del terrorismo online y blanqueo de capitales online: similitudes, divergencias y desafíos legislativos» en *Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*. Ed. IUGM, Madrid, 2016.
- MARTOS, J. J., *Defraudación fiscal y nuevas tecnologías* (Monografía asociada al n.º 5 de la *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Madrid, Thomson-Aranzadi), 2007.
- Memoria anual del SEPBLAC 2016. Página consultada el 12 de diciembre de 2018: [https://www.sepblac.es/es/publicaciones/memoria-de-actividades/memoria\\_2016/](https://www.sepblac.es/es/publicaciones/memoria-de-actividades/memoria_2016/).
- PALICIO DÍAS-FAES, I., «El intercambio internacional de información financiera y la lucha contra la financiación del terrorismo: el acuerdo UE-EEUU sobre Swift», en *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), n.º 49, 2010: [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698/ARI49-2010\\_Palicio\\_intercambio\\_informacion\\_financiera\\_terrorismo\\_Swift.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698/ARI49-2010_Palicio_intercambio_informacion_financiera_terrorismo_Swift.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698).
- PASSAS, N., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: mitos y realidades», *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, 2, junio-noviembre, 2007: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-15&dsID=financiacion\\_terrorismo.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-15&dsID=financiacion_terrorismo.pdf).
- SANSÓ-RUBERT, D., «La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno», en *UNISCI Discussion Papers*, n.º 9, Octubre, 2005: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72532/UNISCI-9Sanso.pdf>.
- SCHNEIDER, F., «Die Finanzströme von Organisierter Kriminalität und Terrorismus: Was wissen wir (nicht)? Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung», *DIW Berlin*, 78(4), 2009.
- SCHNEIDER, F., and R. CARUSO, «The (Hidden) Financial Flows of Terrorist and Transnational Crime Organizations: A Literature Review and Some Preliminary Empirical Results», en *Economics of Security Working Paper 52*, Berlin: Economics of Security, 2011: [http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.386645.de/diw\\_econsec0052.pdf](http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.386645.de/diw_econsec0052.pdf).
- SCHNEIDER, F., y WINDISCHBAUER, U., «Money Laundering: Some Facts», *European Journal of Law and Economics*, 26(4), 2008: <http://econpapers>.

repec.org/article/kapejlwec/v\_3a26\_3ay\_3a2008\_3ai\_3a3\_3ap\_3a387-404.htm.

Secretaría General de Interpol, The hawala alternative remittance system and its role in money laundering: <http://www.interpol.int/Public/Financial-Crime/MoneyLaundering/hawala/>.

SHELLEY, L., *The Nexus between Terrorism and Organized Crime. Confronting Terrorism Financing*, Lanham, MD, University Press of America, 2005.





# La indiferencia afectiva como rasgo nocivo de la personalidad

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

Doctora en Derecho. Profesora de Criminología  
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

## RESUMEN

*Es necesario situarnos en el contexto psicológico para poder entender qué se entiende por indiferencia afectiva; las investigaciones demuestran que la indiferencia expresa falta de interés y de participación emotiva. Es decir, el sujeto tiene una pérdida de iniciativa y una disminución de la reactividad. Supone, además, la ausencia de sentimientos, y una distorsión en la expresión de las emociones. Serán objeto de estudio los atributos del rasgo nocivo de la indiferencia afectiva, así como los trastornos en los que se encuentran sus atributos, en atención al Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders.*

Palabras clave: *Capacidad criminal, indiferencia afectiva, trastorno de la personalidad antisocial, psicópata.*

## ABSTRACT

*It is necessary to situate ourselves in the psychological context in order to understand what is meant by affective indifference; Research shows that indifference expresses a lack of interest and emotional participation. That is, the subject has a loss of initiative and a decrease in reactivity. It also supposes the absence of feelings, and a distortion in the expression of emotions. The attributes of the harmful trait of affective indifference will be studied, as well as the disorders in which their attributes are found, in attention to the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders.*

Key words: *Criminal capacity, affective indifference, antisocial personality disorder, psychopath.*

SUMARIO: I. La indiferencia afectiva. Delimitación conceptual. 1. Concepto psicológico de la indiferencia afectiva. 2. Dimensiones de la indiferencia afectiva. 2.1. Indiferencia afectiva versus insensible moral. 2.2. Amoral versus inmoral. 2.3. Afecto versus emoción. 2.4. Indiferencia afectiva versus inestabilidad emocional. 2.5. Indiferencia afectiva y el derecho de inhibición.–II. La indiferencia afectiva como rasgo independiente nocivo. 1. ¿Qué es un rasgo nocivo y su interpretación en la capacidad criminal?–III. Teorías de la indiferencia afectiva. 1. Consideraciones generales. 2. Teorías de corte constitucional. 3. Teorías de corte sociológico. 4. Teorías dinámicas.–IV. Atributos de la indiferencia afectiva. 1. Atributos. 2. La indiferencia afectiva y la psicopatía. 3. Causas de la indiferencia afectiva. 4. Manifestaciones ante la indiferencia afectiva.–V. Conclusiones.

## I. LA INDIFERENCIA AFECTIVA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Al abordar este tema, se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de denominaciones que pueden llevar a confusión si no se establece de forma adecuada una delimitación conceptual de todos y cada uno de ellos. Es, por ello, necesario establecer los conceptos de *indiferencia afectiva*, *insensibilidad moral*, *inestabilidad emocional*, *afecto*, *emoción*, *amoral* e *inmoral*, objeto de estudio a continuación.

### 1. Concepto psicológico de la indiferencia afectiva

A la hora de abordar una definición de *Indiferencia Afectiva* partimos del Diccionario de la Real Academia Española, no obstante, no tiene un concepto que aborde los dos términos reseñados conjuntamente –*Indiferencia/Afectiva*–; en este sentido, se entiende por *indiferencia* el estado de ánimo en que no se siente inclinación ni repugnancia hacia una persona, objeto o negocio determinado. Si acudimos a qué se entiende por *afectivo* me remite, el propio Diccionario, al afecto y a la sensibilidad. Afinando más la cuestión, se entiende por

*afecto* inclinado a alguien o algo; mientras que, por *sensibilidad*, facultad de sentir; y cualidad de sensible.

A efectos de nuestro estudio, es necesario situarnos en el contexto psicológico para poder entender qué se entiende por *indiferencia afectiva*; la indiferencia expresa falta de interés y de participación emotiva (1). Es decir, el sujeto tiene una pérdida de iniciativa y una disminución de la reactividad (2). Supone, la ausencia de sentimientos, además, una distorsión en la expresión de las emociones. También es conocida como el *aplanamiento afectivo*, *falta de emotividad* o *inhibición de los afectos* (3).

La indiferencia afectiva tiene como características el que se presente en tres esferas, desde el punto de vista psicológico:

- a) El aspecto volitivo (la voluntad),
- b) la cognoscitiva (inteligencia) y,
- c) la afectiva donde se incluye los sentimientos, las emociones, el ánimo y los afectos propiamente dichos.

Ahora bien, no debe de ser confundida la indiferencia afectiva con el *embotamiento afectivo*, ya que supone una reducción más que considerable en cuanto a la exteriorización de los sentimientos. El embotamiento afectivo es considerado como un trastorno de la dinámica afectiva que consiste en una disminución de la expresividad comportamental y subjetiva de las emociones (4). De esta forma, se caracteriza porque el sujeto en ningún momento manifiesta ansiedad ni temor ante un castigo o ante una situación de peligro, además no responde al

---

(1) GALIMBERTI, U., *Diccionario de Psicología*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 603.

(2) DORON, R. y PAROT, F., *Diccionario Akar de Psicología*. Madrid: Fernández Ciudad, 2004, p. 199.

(3) Según WAEL HIKAL el afectado por la indiferencia se muestra con estas notas: «carencia de contactos afectivos con el entorno; falta de emotividad, embotamiento afectivo, falta de amor al prójimo, pobreza afectiva; insensible al sufrimiento de la víctima; el sufrimiento ajeno le estimula (sadismo); deficiencia para establecer relaciones; introversión e inmadurez emocional». HIKAL, W., *Criminología del desarrollo: el estudio de la personalidad antisocial desde la perspectiva psicoanalítica y conductual (sistema atizando el conocimiento criminológico y psicológico)*, 2005, p. 11. En el *International Classification of Diseases 10th* (en adelante, CDI-10, versión inglesa o CIE-10, versión español) lo apreciamos en el trastorno de inclinación sexual tipo sadomasoquismo (F65.5), en el que el sujeto con indiferencia afectiva puede infringir dolor, humillación o esclavitud a la víctima. *Clasificación Internacional de Enfermedades*, 1994, p. 179. Sobre la *inmadurez afectiva*, véase STANKIEWICZ, A., «Jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva». *Ius Canonicum*, vol. XLV, n.º 89, 2005, pp. 35-53.

(4) DORON, R. y PAROT, F., *Diccionario Akar de Psicología*, ob. cit., p. 199.

dolor que manifiestan otras personas. El embotamiento afectivo suele estar asociado a los estados depresivos (por ejemplo, en los estados de melancolía un sujeto se aleja de aquellas personas o cosas más queridas, esto no significa que sea indiferente afectivo). Este síntoma también ha sido descrito en la esquizofrenia, autores, como Kraepelin (5), dictaminaban que habría que buscar en la esfera afectiva las características de la demencia precoz cuya afectividad aparece como una señal dominante, aseverando, además, que en esta patología el concepto de *embotamiento afectivo* llega hasta el de *indiferencia*, y coincide con las de *atimormia* (6), déficit y anhedonia (7). Podemos encontrar, incluso, estudios que afirman que los estados de melancolía para la esquizofrenia, para la enfermedad de Parkinson y para los agónistas dopaminérgicos en la depresión, proponen que la idea de embotamiento afectivo es una diana transnosográfica de la estimulación de las estructuras dopaminérgicas y un modelo de su implicación en la motivación (8).

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo manifiesta, en sentencias, cuestiones sobre la indiferencia en el estado depresivo de un sujeto, así en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 16599/1991, de 12 de marzo, en relación a una carta de despido, manifiesta que: «[...] la carta de despido, durante el que el actor ha estado afecto de una depresión endógena cronificada manifestada en un cuadro de nerviosidad, ansiedad de tipo angustioso, déficit importante de la memoria global, de concentración y de sentido crítico, influenciabilidad, indiferencia al medio externo con predominio de su función afectiva y tendencia al aislamiento» (9).

Como apuntaremos más adelante, se manifiesta que, prácticamente, es indicar que el sujeto carece de empatía, siendo, además, un aspecto propio de los sujetos antisociales, ya que, en sus actos criminales, carecen de empatía y son personas que tienden a ser insensibles e indiferentes afectivos. Si bien es cierto, cabe subrayar otras características de esos sujetos cuando prima en ellos la indiferencia afectiva: pueden ser excesivamente autosuficientes, pueden

---

(5) NOVELLA, E. J. y HUERTAS, R., «El Síndrome de Kraepelin-Bleuler-Schneider y la Conciencia Moderna: una aproximación a la historia de la Esquizofrenia». *Clínica y Salud*, vol. 21, n.º 3, 2010, pp. 205-219 [En línea]. [Citado el: 20 de octubre de 2018]. <http://scielo.isciii>.

(6) La *atimormia* es un déficit de impulsos y de afectividad. La *anhedonia* es la incapacidad para experimentar placer.

(7) *Vid.* en este mismo sentido, DORON, R. y PAROT, F., *Diccionario Akar de Psicología*, ob. cit., p. 199.

(8) *Ibidem*, DORON, R. y PAROT, F., *Diccionario Akar de Psicología*, ob. cit., p. 199.

(9) *Vid.* en el mismo sentido, STS 1462/1991, de 12 de marzo.

ser irresponsables, a lo largo de su vida pueden tener muchas parejas sexuales y no tener una relación duradera; además, puede tener otras características que no deben ser confundidas con el rasgo del egocentrismo (10), ya que en muchos casos la persona egocéntrica es incapaz de sentir por los demás, así como, además la posible labilidad afectiva que tenga una persona puede provocar indiferencia hacia las personas y/o cosas (11).

---

(10) El rasgo de egocentrismo y de indiferencia afectiva se puede encontrar en los sujetos que tienen un trastorno histriónico de la personalidad. Se trata de unos rasgos, de un lado, referidos a la intimidabilidad y, de otro lado, a la nocividad. Algunos de los rasgos de la personalidad no son incompatibles, sino que se complementan.

(11) Desde la doctrina jurisprudencial podemos encontrar sentencias que hacen uso del término *indiferencia afectiva*, en este sentido, destacamos, entre otras: Auto del Tribunal Supremo (en adelante, ATS) 2150/2017, de 16 de febrero, fj.1 «Que el cuadro clínico residual que presentaba era: Trastorno afectivo filiado con distimia. Que las limitaciones orgánicas y funcionales derivadas de dicho cuadro clínico residual eran las siguientes: Apatía, abulia e indiferencia afectiva. Ansiedad y deterioro cognitivo asociado con negativa evolución»; ATS 6898/2009, de 7 de mayo, fundamento jurídico (en adelante, fj.) 1. «Las pruebas periciales psiquiátricas realizadas a Bartolomé acreditativas de que su personalidad es inmadura, sumisa, subordinada y de que pudo participar en los hechos influenciado por una personalidad más fuerte como la del acusado, así como la realizada al acusado, al que diagnosticaron trastorno antisocial de la personalidad, indiferencia, frialdad afectiva, falta de empatía con el prójimo y de remordimientos, lo que no afectaba no obstante para distinguir entre el bien y el mal»; ATS 596/2003, 21 de enero, fj.1, «[...] la presencia de limitaciones consistentes en trastorno mental orgánico, apatía y ausencia de iniciativa, indiferencia e inestabilidad afectiva, aislamiento afectivo [...]»; STS 12430/1991, de 19 de noviembre, «[...] no presentaba trastornos de tipo psicótico, si bien sufre trastornos de personalidad, cuyas manifestaciones más destacadas son una muy baja tolerancia a la frustración y una marcada indiferencia afectiva [...]»; con la misma lectura encontramos la STS 6381/1991, de 19 de noviembre y la STS 6382/1991, de 19 de noviembre. La STS 4540/1991, de 12 de septiembre, con ocasión de un accidente de tráfico indica «le han quedado importantes secuelas, consistentes, según reciente informe médico, en hemiplejía espástica derecha con marcha muy lenta e inestable que necesita muleta y el apoyo de otra persona, hipoacusia bilateral, dificultades de pronunciación y déficit neuropsicológico con deterioro intelectual borderline, indiferencia afectiva y amnesia posttraumática.» Si bien es cierto, tras la lectura de otras sentencias, se extrae que cuando habla exclusivamente de indiferencia, se refiere a una indiferencia afectiva y no a una ignorancia, en este sentido, entre otras sentencias, podemos destacar: ATS 3203/2017, de 2 de febrero, fj. 1, se dice que «[...] el procesado, actuó con absoluta indiferencia y desprecio [...]»; STS 13899/1991, de 22 de enero, con ocasión de consumo de drogas, dice la jurisprudencia que «consumiendo principalmente heroína por las distintas vías posibles de introducción de la droga en el organismo, lo que ha ocasionado en él un deterioro físico y psíquico progresivo, con hipomnesia, indiferencia afectiva, indolencia y descenso del nivel ético social. Al cometer el hecho actuó movido por el impulso de obtener dinero con el que comprar la droga y aliviar el síndrome de abstinencia».

## 2. Dimensiones de la indiferencia afectiva

La indiferencia afectiva, desde el punto de vista de la Criminología, se caracteriza por una multiplicidad de enfoques, a saber: enfoque psiquiátrico, enfoque bio-constitucional, enfoque psicoanalítico y enfoque psicológico. Cada uno de estos enfoques emplean, indistintamente, los términos *insensibilidad moral*, *indiferencia afectiva*, *inestabilidad emocional*, *afecto*, *emoción*, *amoral* e *inmoral*. Términos que son necesarios de delimitar para no caer en confusiones de interpretación.

### 2.1 INDIFERENCIA AFECTIVA VERSUS INSENSIBLE MORAL

Está totalmente asentado por la doctrina (Sánchez Gómez, entre otros) (12) que no es lo mismo *indiferencia afectiva* que *insensible moral*. Cabe subrayar que podemos encontrar dos tipos de sujetos: los indiferentes afectivos y los insensibles morales. Respecto de los primeros –*indiferentes afectivos*– son aquellos sujetos conocedores de los valores, del daño que conlleva sus actos, así como el perjuicio físico y psicológico que ocasionan y, a pesar de ello, actúan. Mientras que los *insensibles morales* son aquellos que hacen juicios de valor, actúan de forma y manera caprichosa como consecuencia de una falta de resonancia (no sienten nada) (13). En un sentido más concreto, en este último caso, el comportamiento del sujeto puede estar motivado por la comprensión del desvalor de su conducta o el sufrimiento de la víctima. De forma resoluble, me lleva a concluir que, todos los indiferentes afectivos, no son insensibles morales, pero todos los insensibles morales sí son indiferentes afectivos (14).

### 2.2 AMORAL VERSUS INMORAL

Se hace necesario, de otro lado, establecer una distinción entre *amoral* e *inmoral*, por estar estrechamente relacionado con la indiferencia afectiva. Se dice del *amoral* que es aquella característica de la personalidad por la que un sujeto no tiene capacidad para tener

---

(12) SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *Manual de clínica criminológica. Perfil de peligrosidad criminal*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 368.

(13) En este supuesto de actuación de forma caprichosa se debe tener en cuenta el *Trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad* (F60.3) en el *tipo impulsivo* (F60.30) al indicar que este tipo de personas tienen un humor inestable y caprichoso, según el CIE-10, p. 163.

(14) En este sentido, también se pronuncian SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *La construcción de un perfil radical yihadista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 192.

moral (15). Se debe tener en cuenta el *Trastorno disocial de la personalidad* (16) por incluir el *Trastorno de personalidad amoral*, caracterizado por el desprecio hacia las obligaciones sociales y tener una cruel despreocupación por los sentimientos de los demás; mientras que el *inmoral* se refiere a una personalidad que, teniendo sensibilidad moral, actúa en contra de la misma, es decir, el sujeto conoce los valores e incluso hace juicios de valores sobre los mismo, pero no los tiene en cuenta a la hora de actuar, le es totalmente indiferente.

Nos encontramos ante disposiciones diferentes, aunque presenten en común la aplicación de un rasgo de la personalidad. En este sentido, la sensibilidad o conciencia moral implica unos elementos: a) el intelectualivo: entendido como la capacidad para hacer juicios de valor; y b) la afectividad (17): cuya distorsión o ausencia hace que una persona realice juicios de valor, pero actúe en contra.

Desde esta perspectiva, podemos señalar los dos tipos de sujetos anteriormente mencionados: los indiferentes afectivos y los insensibles morales; identificando a los indiferentes afectivos con los inmorales, y a los insensibles morales con los amorales.

Por *afectividad* entendemos la resonancia que se encuentra en el fondo endotímico de un objeto del mundo exterior, capaz de saciar una necesidad al sujeto (18). Así, la indiferencia afectiva, corresponderá con la falta de resonancia del individuo con su mundo exterior. En sentido amplio, podemos entender todo lo que comprende la esfera afectiva, que constituye el principal engranaje que impulsa toda la vida psicológica de la personalidad (19). Como indica acertadamente Coderch (20), en cada momento de nuestro ciclo vital existe un tono afectivo considerado como básico que matiza las ideas, los pensamientos o las fantasías, entre otros aspectos.

---

(15) Vid. las Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, SSTs) 69/2014, de 15 de enero, dice «[...] un sentimiento de fuerte rechazo hacia la amoral y ambiciosa conducta [...]»; 5431/2001, de 25 de junio, «[...] sujeto activo respecto de la inadecuación social y amoral de la conducta que realiza, pudiendo distinguir ente el bien y el mal [...]».

(16) *Trastorno disocial de la personalidad* F60.2, los sujetos que la padecen se les asignan las siguientes características: baja tolerancia a la frustración y un bajo umbral para la descarga de agresividad, incluido el comportamiento violento; hay tendencia a culpar a otros o a presentar. Incluye, además, el trastorno de personalidad antisocial, asocial, psicopático y sociopático. Recogido en el CIE-10, pp. 161 y 267.

(17) La afectividad era uno de los 60 rasgos estudiados por Sheldon, reconociendo la existencia de una pluralidad de somatotipos.

(18) SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *Manual de clínica criminológica. Perfil de peligrosidad criminal*, ob. cit., p. 368.

(19) BETTA, J. C., *Manual de Psiquiatría*. 6.ª ed. Buenos Aires: Albatros, 1976, p. 181.

(20) CODERCH, J., *Psiquiatría dinámica*. 5.ª ed. Barcelona: Herder, 1991, p. 48.



Llegados a este punto, hay dos ideas que hacen referencia al sentido moral: la idea del juicio moral y la idea de sensibilidad moral (21). La idea de *juicio moral* es considerada como una facultad repentina y de perfección clara que permite reconocer de forma intuitiva un hecho concreto, es decir, el bien del mal (22), un concepto en el que puede figurar la conducta de empatía como un componente cognitivo. Kant estableció postulados que intentaron explicar las razones que determina la acción de las personas. La teoría del juicio moral fue ampliamente desarrollada por Dewey (1965) postulando unos niveles de desarrollo moral, a saber (23): – el nivel preconventional caracterizado por una conducta guiada por impulsos sociales y biológicos; – el nivel convencional en que se incluyen las personas cuya conducta está determinada por los modelos establecidos en el grupo al que pertenecen (se incluyen aquí aquellas personas que afectan de forma sumisa una norma sin someterla a crítica); y – el nivel autónomo siendo aquel en el que una persona ha actuado de acuerdo a su pensamiento y establece juicios en relación con modelos establecidos.

La idea de *sensibilidad moral* viene presentada por una determinada inclinación a experimentar sentimientos compartidos, por lo tanto, está más cercano al componente afectivo de la empatía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 5053/1998, de 31 de julio) es la que habla de *falta de moralidad* a la hora de proferir insultos hacia una persona, dice: «se consideran degradantes los epítetos que revelan patente intención de vejear y menospreciar y que eran totalmente innecesarios en temas informativos que se radiaban, como los de «cantamañanas» en diversas variantes y alusiones de falta de moralidad, incluso de estados físicos (desvergonzado, amoral completo, olvidadizo, trasnochado mandamás, vejete, destartado, presumido, relamido, presidente de pelo blanco y conciencia deportiva negra, y otros parecidos), todos ellos y en su conjunto cargados de atentados infamantes, insultantes y desprestigiadores para el destinatario identificado.»

(21) Vid. ZERPA, C. E., «Tres teorías del desarrollo del juicio moral: Kohlberg, Rest, Kind. Implicaciones para la formación moral». *Revista de Educación*, n.º 25, 2007, pp. 137-157. Desde la perspectiva kantiana es relevante la intercepción entre el dominio cognitivo y el afectivo, ya que las personas no son solamente racionales, sino también sensibles. Los principios kantianos influyeron para la promulgación de teorías del juicio moral (p. 140).

(22) KANT, I., *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires: Losada, 1788/1961.

(23) ZERPA, C. E., «Tres teorías del desarrollo del juicio moral: Kohlberg, Rest, Kind. Implicaciones para la formación moral», ob., cit., 142.

### 2.3 AFECTO VERSUS EMOCIÓN

Al abordar este tema –*afecto y emoción*– se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de interpretaciones, dificultando, en consecuencia, el concepto exacto de cada uno de ellos, ya que son perfectamente confundibles. Respecto del *afecto* (24) puede ser considerado como un patrón de conducta observable consistente en la expresión de un estado, de los sentimientos experimentados subjetivamente, según el DSM-V; mientras que *emoción* (25), es una respuesta de forma individual de cada sujeto.

Afinando más la cuestión, los *estados afectivos* están formados por las emociones, los afectos, los sentimientos y las pasiones, en palabras de Betta (26). En este sentido, a la hora de dar una definición de las *emociones*, Betta afirma que, consisten en un cambio más o menos súbito o brusco que se produce en el humor o estado de ánimo habitual de una persona, teniendo repercusión física y psíquica (27). Respecto al *afecto*, manifiesta el citado autor, que son tendencias que inclinan a la psique hacia el placer o desplacer y por la que la personalidad severa colocada en uno u otro extremo dan el *tono afectivo*. Define los *sentimientos*, como aquellos que constituyen las vivencias afectivas de mayor jerarquía donde interviene el intelecto que inhibe y mitiga las reacciones somáticas hasta su desaparición, quedando limitado exclusivamente a las manifestaciones psíquicas. Los sentimientos constituyen estados afectivos estables. Y, por último, define las *pasiones*, como un estado afectivo caracterizado por su gran persistencia, pudiendo llegar a hacerse permanente.

---

(24) En el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-V) a la hora de referirse al *Trastorno bipolar*, manifiesta en relación con el *afecto* que, «Para distinguir la culpabilidad de un episodio de depresión mayor (EDM), es útil tener en cuenta que en la culpabilidad el afecto predominante es el sentimiento de vacío y pérdida, mientras que, en un EDM, es el estado de ánimo deprimido persistente y la incapacidad de esperar felicidad o placer». El término afecto aparece recogido en los *Trastornos depresivos* o en *Trastornos relacionados con traumas y factores de estrés*, además, en *Trastorno de identidad disociativo* y en *Trastorno de la conducta* haciendo referencia a un afecto superficial o deficiente, indicando que es aquel que no expresa sentimientos ni muestra emociones con los demás, salvo de una forma que parece poco sentida, poco sincera o superficial. *Vid.* DSM-V p. 248.

(25) BLEULER, además, asevera que una psicosis se convierte en crónica cuando se comienzan a perder las emociones; los primeros sentimientos en embotarse son los que promueven la interrelación social. BLEULER, E. 1950. *Dementia Praecox or the Group of Schizophrenias*. New York: International Universities Press, 1950.

(26) BETTA, J. C., *Manual de Psiquiatría*, ob. cit., pp. 183-192.

(27) El citado autor manifiesta que hay unas emociones básicas que son: alegría (euforia), tristeza (depresión), miedo (angustia) y rabia.

En este sentido, la indiferencia afectiva puede estar relacionada con la indiferencia emocional, ya que ambas pueden consistir en una carencia, déficit o pérdida de la capacidad de presentar respuestas afectivas o flexibles, y modulación o inflexión de las emociones ante el entorno que rodea o frente a otras personas.

Es Vallejo Ruiloba (28) quien, de una manera más precisa, define las *emociones* como: «afectos bruscos y agudos que se desencadenan por una percepción (externa o interna) o representación y tienen abundante correlación somática. Suelen ser poco duraderos [...]. El estímulo puede ser real, imaginario o simbólico, o simplemente desconocido, como ocurre con frecuencia en las crisis de angustia (*panic attacks*). El miedo, la cólera y la angustia son ejemplos de emociones. Las manifestaciones fisiológicas son variadas: reacciones vasomotoras (rubicundez facial, palidez), intestinales (diarrea), secretoras (sudoración, lagrimeo), renales (poliuria), musculares lisas (espasmos), circulatorias (taquicardia, cambios tensionales) y respiratorias (taquipnea, disnea), descenso de la resistencia eléctrica de la piel (reflejo psicogalvánico), etc.». Si bien, para reafirmar el aporte, se señala la definición aseverada por Ganong William (29), dice: «Las emociones tienen componentes tanto físicos como mentales. Ellas implican cognición, es decir, el darse cuenta de la sensación y usualmente de su causa; afecto, la sensación calificada en sí; activación, el impulso para entrar en acción; y cambios físicos como hipertensión, taquicardia y sudoración».

Las emociones tienen como función la adaptación al medio, es decir, si mi emoción es de ira, me permitirá destruir, si mi emoción es de tristeza, me permitirá reintegrarme, etc. Pero, también, tiene una función en el ámbito social, si hay ira mi emoción me va a permitir que rechace o evite esa situación social, en cambio, si hay alegría me permitirá, la emoción, relacionarme con los demás. Desde el punto de vista comunicativo, la emoción comunica el estado afectivo de otras personas, así como la expresión emocional de los demás. Se puede aseverar que las emociones tienen funciones motivacionales, que dependerán del ámbito en el que se produzcan, pudiendo buscar el placer, un acercamiento, pero también un rechazo (30).

---

(28) VALLEJO RUILOBA, J., *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*. 4.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Masson, 1999, p. 224.

(29) GANONG, W., *Manual de fisiología médica*. 7.<sup>a</sup> ed. México: El Manual Moderno, 1980, p. 207.

(30) Si acudimos al CDI-10, p. 165, respecto del *Trastorno ansioso de la personalidad*, el criterio de rechazo supone una preocupación para este tipo de sujetos, en el que le preocupa de forma excesiva no solamente el rechazo, sino también el que sea criticado en situaciones sociales, pudiendo dar lugar a tensiones emocionales.

De forma resoluble me lleva a concluir que, la vida emocional de un sujeto está erigida por afectos, emociones, sentimientos y pasiones; en este orden, podemos afirmar que la afectividad es ese conjunto de experiencias de una persona a lo largo de su ciclo vital, que van definiendo e, incluso, delimitando aspectos emocionales de un sujeto, formado, como se ha indicado por afectos, emociones, sentimientos, pasiones, pero también por deseos y estados de ánimo. Todos los estados mencionados forman parte del engranaje de la vida personal de un sujeto, pudiendo trascender a conductas, comportamientos y, por ende, a parte de su personalidad.

#### 2.4 INDIFERENCIA AFECTIVA VERSUS INESTABILIDAD EMOCIONAL

Respecto a la *inestabilidad emocional*, la podemos encontrar en el *Trastorno de la personalidad límite* si tenemos en cuenta el DSM-V al referirse a la inestabilidad afectiva debida a una reactividad notable del estado de ánimo. Afinando más la cuestión, un sentimiento crónico de vacío se encuentra en aquellos sujetos que tienen un *Trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad de tipo límite*, si nos apoyamos en el CIE-10 (31).

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar que, la indiferencia afectiva, está relacionada con los *estados de ánimo* (32), en este sentido, se afirma que la afectividad va a influir en el sentido de regular, conectar y sintonizar los estímulos que una persona recibe de su entorno, permitiendo, en este caso, observar las diferentes conductas y comportamientos de los sujetos ante una misma emoción, en función de una serie de radicales que forman las emociones. Estos radicales son los que a continuación se señalan (33):

- a) Estímulo como productor de emoción.
- b) Reacción psicofisiológica como componente de funcional producto del estímulo.
- c) Componente cognitivo determinado por la respuesta cerebrales.
- d) Contexto mediante la influencia de la dinámica situacionales.
- e) Conducta como respuesta del sujeto a la emoción.

---

(31) DSM-V y CIE-10, pp. 364 y 163, respectivamente.

(32) Así se ha dejado constancia tanto en la definición de *indiferencia* que recoge el Diccionario de la Real Academia Española, como en la definición de *emoción* que manifiesta Betta. Podemos encontrar unos tipos de estado de ánimo: la eutimia, la euforia, el ánimo expansivo, el ánimo irritable y la discordia. La duración y la intensidad de las emociones va a depender del estado de ánimo, del estímulo y de la personalidad de cada sujeto.

(33) TN Relaciones. [En línea] [Citado el: 27 de octubre de 2018]. [http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas\\_y\\_respuestas/content/255/3221/es/afectividad.html](http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas_y_respuestas/content/255/3221/es/afectividad.html).

Teniendo en cuenta lo anterior, y referente a las emociones, podemos determinar, como ejemplo, que el *Trastorno de la personalidad esquizoide* (34) tiene como patrón dominante el desapego en las relaciones sociales y poca variedad de expresión de las emociones en contextos interpersonales, así podemos encontrar como características en los sujetos con este trastorno que: se muestra indiferente a las alabanzas o las críticas de los demás; se muestra emocionalmente frío, con desapego o con afectividad plana (35).

Desde esta perspectiva, los aspectos de la afectividad y los radicales de la emoción, son componentes de la indiferencia afectiva, rediriéndonos a la empatía. Si bien es cierto, la doctrina (36) no es unánime a la hora de definir la empatía, se establece un concepto amplio y uno más reducido; respecto al concepto amplio, se entiende por *empatía* como la comprensión de los sentimientos de la otra persona, o como un estado afectivo compartido por dos personas. En cuanto al concepto más reducido, la doctrina entiende que sólo hay empatía si la persona se encuentra en un estado afectivo (únicamente en este caso). Este estado es isomorfo al estado afectivo de otra persona, y se ha desencadenado como consecuencia de la observación (o imaginación) del estado afectivo de otra persona. La principal anotación es que esa persona es consciente de que el estado emocional de la otra persona es la causa de que se halle en ese estado afectivo.

## 2.5 INDIFERENCIA AFECTIVA Y EL DEFECTO DE INHIBICIÓN

En la actualidad, los términos de *indiferencia efectiva* y el de *insensibilidad moral* se identifican con el rasgo psicológico del *defecto de inhibición* (37), así como, con la capacidad de permitir el

(34) DSM-V, p. 361.

(35) Respecto del *Trastorno límite de la personalidad*, es el ATS 6908/2011, de 2 de junio, fj. 1, respecto de la afectividad indica que: el preexistente trastorno límite de la personalidad de la denunciante, también evidenciado en dichos informes. A este respecto, si bien a tenor de los mismos «tiene una mayor tendencia a ser una persona dependiente o a ceder ante otros, especialmente si se trata de personas vinculadas afectivamente a ella».

(36) Entre la doctrina, Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *La construcción de un perfil radical yihadista*, ob., cit., p. 196.

(37) La *inhibición o control inhibitorio* podría definirse como la capacidad para controlar las respuestas impulsivas (o automáticas), y generar respuestas mediadas por la atención y el razonamiento. Esta habilidad cognitiva contribuye a la anticipación, planificación y al establecimiento de metas por parte de un sujeto. La inhibición o control inhibitorio pone freno al comportamiento de las personas, por lo que neutraliza o paraliza todas aquellas reacciones y conductas que son automáticas y, por tanto, inapropiadas, cambiándolas por una respuesta más adaptada a la situación, por lo que hay que tener en cuenta el contexto en el que se produce.

cumplimiento de un acto cuya ejecución produce un sufrimiento para el prójimo, y ausencia total de moción en el individuo que lo comete, pudiendo ser observadas desde diferentes enfoques (38), –es multifactorial–. Las investigaciones científicas (39) ponen al descubierto la relación entre la inhibición y la supresión de las emociones.

Los estudios (40) han determinado que podemos encontrar una serie de manifestaciones en el área de la afectividad:

a) Tienen su origen en estructuras neuronales subcorticales y son integradas por medio de la corteza del lóbulo frontal.

b) Existen unos núcleos neuronales alejados (*locus cerúleus*) que intervienen en la integración de aspectos como la ansiedad y el pánico.

c) Cuando nos referimos al área de la amígdala aparecen unas sensaciones placenteras no pudiéndose especificar el tipo.

Además, como la afectividad está formada por un conjunto de sensaciones variadas y complejas, presentan una serie de características (41):

a) Es subjetiva. No es observable fuera del individuo, pero sí se pueden ver sus demostraciones (risa o el llanto) felicidad, enojo.

b) Es trascendente. Influye en otros aspectos de la personalidad por su interrelación

c) Es comunicativa: es en sí una forma de comunicación con el medio.

d) Es polar: existen distintos polos que dirigen los afectos –placer y displacer– (agrado/desagrado; alegría/tristeza; atracción/repulsión; etc.)

## II. LA INDIFERENCIA AFECTIVA COMO RASGO INDEPENDIENTE NOCIVO

Resta definir qué es un *rasgo nocivo* y qué importancia tiene su análisis para la capacidad criminal. Aseverando que, la indiferencia afectiva, es un rasgo de la personalidad encuadrado dentro de los nocivos, su análisis determina una parte de la capacidad criminal. La capa-

---

(38) Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *La construcción de un perfil radical yihadista*, ob., cit., pp. 194 y 234.

(39) TRAUER, H., DEIGHTON, R. y RITSCHI, P., «Emotional inhibition and disease», *Bioenergetic Analysis*, n.º 15, 2005, pp. 55-88.

(40) TABOADA, I., *Semiología Neuropsiquiátrica*. Caracas: Eykon Artes Gráficas, 1990, pp. 23 y ss.

(41) TN Relaciones. [En línea] [Citado el: 27 de octubre de 2018]. [http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas\\_y\\_respuestas/content/255/3221/es/afectividad.html](http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas_y_respuestas/content/255/3221/es/afectividad.html).

cidad criminal se determina, además, de con la indiferencia afectiva, con la agresividad, labilidad afectiva y el egocentrismo. Los cuatro rasgos de temperamento deben ser observados y analizados para centrar la investigación clínica criminológica. Todos ellos, de manera independiente, comprenden los síntomas específicos que describen al sujeto criminal y facilitan la respuesta a cuestiones tales como: quién es el criminal, cómo es su forma de actuar, por qué ha cometido el crimen, y ayudan a fijar las pautas para una estrategia preventiva con el tratamiento penitenciario.

### 1. **¿Qué es un rasgo nocivo y su interpretación en la capacidad criminal?**

A efectos de nuestro estudio interesa concretar que la indiferencia afectiva se agrupa en una de las fases de las dos que existen, suponiendo una guía hasta el paso al acto delictivo. Las dos fases son: decisión (42) y ejecución (43). La indiferencia afectiva se encuentra en la fase segunda –la de ejecución– perteneciente al grupo de los nocivos. El análisis de todos los rasgos (los de decisión y ejecución) permiten el estudio de factores criminógenos.

*Nocivo* quiere decir que el sujeto supera los obstáculos (el umbral delictivo) que le separan del acto criminal y carece de afecto hacia la víctima. Afinando más la cuestión, la víctima carece de importancia para el sujeto, así como que el sujeto no está condicionado por sentimientos que rodean el acto y comportamiento delictivo que lleva a cabo; supone el resultado de una distorsión en el afecto y en la sensibilidad hacia la víctima, como hemos señalado en las delimitaciones conceptuales.

Los cuatro rasgos nos darán variables cuantitativas sobre la capacidad criminal y la adaptabilidad social, es decir, sobre el estado peligroso del sujeto. En este sentido, cuanto más bajo es el umbral delictivo más alto será el estado peligroso (44). El objeto es cen-

---

(42) A la fase de decisión pertenecen los rasgos de egocentrismo y labilidad afectiva. Los sujetos se caracterizan porque no temen las penas ni el reproche social, y porque los sujetos no son capaces de prever las consecuencias de sus acciones. Se trata de sujetos inintimidables.

(43) A la fase de ejecución pertenecen los rasgos de indiferencia afectiva y agresividad. Se trata de sujetos nocivos.

(44) QUINTILIANO SALDAÑA hablaba de estado peligroso individual, proponiendo en 1917 la fórmula de estado peligroso social. Aseveraba que la Sociología mostraba clases y poblaciones peligrosas. SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales. Doctrina y Legislación*. Madrid: Reus, 1927, p. 19.

trar los rasgos de una manera holística e integral, ya que van a posibilitar el constructo de personalidad criminal. Caracterizándose por ser una predicción individualizada del sujeto que comente la conducta delictiva, aportando un diagnóstico de la peligrosidad, es decir, como indica Maden (45) consiste en evaluar o diagnosticar la peligrosidad siguiendo el método clínico. Empero, si esta ausencia no se diera (la indiferencia afectiva) junto con la agresividad, aunque estuviesen presentes los otros dos rasgos, el individuo no pasaría al acto delictivo, si bien, la indiferencia afectiva impera frente a todos los demás rasgos, aseverando que una indiferencia muy arraiga en el sujeto puede suponer conductas y comportamientos muy agresivos hacia una víctima marcado por la deshumanización hacia la misma.

Acertadamente, como indica Andrés-Pueyo (46) la capacidad criminal, por su naturaleza, son consistentes y estables en el tiempo. Andrés-Pueyo, respecto de la capacidad criminal, afirma que: «La capacidad criminal hace referencia a la «potencia» de realizar un acto criminal que radica en la persona analizada. Entre la capacidad y la acción hay mecanismos que median y que son muy importantes en la valoración forense y que hacen referencia al libre albedrío y al autocontrol que definen al individuo humano normal como alguien capaz de autodirigirse y no de ser un autómatas determinado por fuerzas ajenas a su conciencia. Así pues, la apuesta diagnóstica de la peligrosidad criminal hecha por la tradición clínica forense se basa en la identificación de los rasgos de la «personalidad criminal», principalmente en la que los rasgos más importantes se agrupan en torno a dos constructos básicos: la capacidad criminal y la inadaptación social».

La cualidad de ser *peligroso* o *delincuente peligroso* está asociado a los delincuentes que cometen hechos delictivos con cierta violencia y que tienen alto riesgo de reincidencia (47), es decir, hay una alta probabilidad de cometer un nuevo delito. Si bien es cierto, el significado original de *peligrosidad* hacía referencia «a la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay

---

(45) MADEN, A., «Dangerous and severe personality disorder: antecedents and origins», *The British Journal of Psychiatry*, vol. 190, issue S49 (Assessment, risk and outcome in severe personality disorder), 2007, pp. 8-11.

(46) ANDRÉS-PUEYO, A. *Obra neurociencias*. [En línea] [Citado el: 2 de noviembre de 2018]. Proyecto PSI2009.13265 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. [http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Andr%C3%A9s-Pueyo\\_2013.pdf](http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Andr%C3%A9s-Pueyo_2013.pdf), pp. 483-484 y 495.

(47) Ambas facetas señaladas no son sinónimas.



que temer por parte del mismo (*temibilidad*)» (48). Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, *peligroso* es «que tiene riesgo o puede ocasionar daño. Aplicase a la persona que puede causar daño o cometer actos delictivos», y *peligrosidad* es «calidad de peligroso». Desde el punto de vista jurídico se entiende como *peligrosidad* la probabilidad que tiene una persona de cometer hechos delictivos, por lo que existe un estado peligroso siendo aquel comportamiento que con toda probabilidad puede derivarse un daño o aquella conducta que es reprobada socialmente, es decir, lleva a cabo una conducta antisocial.

De otro lado, Rodríguez Manzanera (49) establece, de forma acertada, una clasificación y características de peligrosidad que paso a detallar:

- a) Según los componentes. Puede ser con capacidad criminal y con adaptabilidad social.
- b) Tipos. Peligrosidad social y peligrosidad criminal.
- c) Los elementos. Estado peligroso que puede ser por predisposición y por disposición. Y el elemento de la oportunidad que puede ser posible y/o probable.
- d) Según las clases. Son genérica y específica.
- e) Las formas. Crónica y aguda.
- f) La delimitación. Es predelictual, delictual y postdelictual.
- g) Según la valoración es cualitativa y cuantitativa. la cualitativa a su vez son factores criminógenos (endógenos y exógenos) y los estímulos (absoluta y relativa). En la cuantitativa puede ser mínima, media y máxima.
- h) En cuanto a la actuación criminológica. Está la profilaxis y el tratamiento.
- i) La reacción jurídica. Se puede imponer la pena y la medida de seguridad.
- j) En cuanto a los índices. Son legales y los criminológicos, en éstos últimos se tiene en cuenta los componentes, los elementos, las formas, etc.
- k) La peligrosidad jurídicamente. Es presunta y la comprobada.

---

(48) GARÓFALO, R., *La criminología*. Madrid: La España moderna, 1890, p. 86.

(49) RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Criminología clínica*. 5.<sup>a</sup> ed. México: Porrúa, 2012, p. 91, cit. LÓPEZ MELERO, M., «Criminología Clínica», material didáctico, 2017.

Las probabilidades de que un sujeto tenga capacidad criminal y adaptabilidad social se presentan en la Tabla 1:

Tabla 1. *Probabilidad de la capacidad criminal y la adaptabilidad social*

Capacidad criminal	Adaptabilidad social
+	+
+	-
-	-
-	+

Fuente: Elaboración propia a través de los estudios de Jean Pinatel

Teniendo en cuenta esta diferencia, se reconocen cuatro formas clínicas de estado peligroso (50):

a) Capacidad criminal muy fuerte y adaptabilidad muy elevada. Se dice que es la forma más grave, se trata de delitos de cuello blanco, políticos y financieros.

b) Capacidad criminal muy elevada y adaptabilidad incierta. Es menos grave ya que la inadaptación atrae la atención sobre ellos, se trata de los criminales profesionales o los delincuentes marginados.

c) Capacidad criminal poco elevada y adaptación débil. Son, normalmente, los internos de centros penitenciarios, inadaptados psíquicos.

d) Capacidad criminal débil y adaptabilidad elevada. Se dice que es la forma ligera de estado peligroso, el delincuente ocasional y los pasionales.

Por lo tanto, las personas nocivas pueden tener una alta capacidad criminal en atención a los atributos de la indiferencia afectiva. Afirmado más la cuestión, la indiferencia afectiva como rasgo nocivo nos indica la forma que tienen los criminales de cometer el acto delictivo.

### III. TEORÍAS DE LA INDIFERENCIA AFECTIVA

#### 1. Consideraciones generales

Para la investigación sobre la afectividad se han utilizado diferentes estudios, muchos de ellos basados en la introspección y en la expresividad de la persona y de su medio ambiente. Si bien es cierto,

(50) PINATEL, J., *Criminologie*. París: Lausanne, 1956, p. 160.

a la hora de aplicar esos puntos de referencia, las teorías cognitivas establecen críticas, por un lado, la introspección aparece como el método elegido ya que, de acuerdo con su modelo, las emociones se basan en el *appraisal*. El *appraisal* cognitivo es la valoración mental del daño o del beneficio potencial de una situación. Esta valoración se hace por introspección. Pero, por otra parte, si la mera exposición a estímulos subliminales no ingresados a través de la consciencia produce preferencias, emociones de agrado y acercamiento; entonces, la introspección consciente y cognitiva no es la mejor herramienta de acceso a la vida emocional (51).

Está totalmente asentado por la doctrina (52) que los diferentes enfoques que se le da a la indiferencia afectiva nos permiten observar la magnitud del rasgo. Si tenemos en cuenta el *enfoque psiquiátrico*, individualizó el lado de los sujetos perversos, siendo la principal característica la malignidad por su incapacidad de reaccionar afectivamente, situándose aquí la figura de los psicópatas (53). Si nos centramos en el *enfoque bio-constitucional*, se refiere al sujeto con reacciones poco adaptadas y afectivamente frío, dicha conducta es proclive a que el sujeto la plasma como fruto de anomalías psíquicas con relación a la estructura fundamental de la personalidad, especialmente respecto a lo que concierne la sensibilidad moral. Mientras que, si nos centramos en el *enfoque psíquico*, parte de la idea de que el sentimiento de injusticia sufrida por el sujeto se corresponde con la expresión de su egocentrismo y de su incapacidad para el compromiso afectivo (54). Teniendo en cuenta estos enfoques permite abrir cam-

---

(51) Vid. DONNOLI, V. F., y otros., «Aplanamiento afectivo en la esquizofrenia: estudio cualitativo». *Alcmeon. Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, año 16, vol. 14, n.º 2, 2007, pp. 26-36.

(52) Vid. PINATEL, J., *Criminologie*. París: Lausanne, 1956; del mismo, *Tratado de derecho penal y criminología*. Caracas: Universidad central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974. Vol. III.

(53) PINATEL, J., *Tratado de derecho penal y criminología*, ob. cit., p. 718. La STS 5770/1996, de 23 de octubre, asocia la psicopatía con amoral (no obstante, la sentencia objeto de estudio cruza indistintamente características de los términos de *psicopatía* y *psicótico*), la jurisprudencia dictamina que «[...] Tras asestar las puñaladas, el sujeto tiene una personalidad anormal, patológica con intensa hostilidad general violenta y heteroagresividad que puede ser calificada de psicopatía asocial o amoral y afecto de una psicosis de tipo esquizofrénico [...]». En términos similares, la STS 5452/1995, de 31 de octubre, dictamina que «El comportamiento psicótico es amoral y antisocial, con falta de preocupación por el bienestar de los demás.»

(54) Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *Manual de clínica criminológica*, ob. cit., p. 234.

pos teóricos sobre la naturaleza constitucional y la educación como factor sociológico en relación con la indiferencia afectiva (55).

## 2. Teorías de corte constitucional

Las *Teorías de corte constitucional* en la indiferencia afectiva se caracterizan por el placer mórbido del sufrimiento ajeno, respecto a la perversión moral, con tendencias constitucionales que no permiten al sujeto adaptarse a la vida colectiva, y conformarse a las leyes de la sociedad, en sus relaciones habituales. Expresan la tendencia egoaltruista, la cual combina tendencias desinteresadas con instintos de conservación individual, emociones que, aclaradas con la inteligencia, producen un choque en retorno afectivo, constituyéndose así una degradación del instinto de sociabilidad, cuya inversión constitucional es de carácter mórbido y se coloca entre las perversiones instintivas (56).

Estas teorías constitucionalistas, identifican el carácter mórbido del instinto de sociabilidad (57) y afecto por una afección de la zona del hipotálamo (58), suponen la base de las teorías de lo innato, considerando que la hipertrofia del rasgo empático no permitiría responder a la necesidad de armonía con el resto del grupo social en términos de colaboración, solidaridad y ayuda, como consecuencia de una anomalía orgánica, siendo considerada como un radical para el origen del rasgo (igual que las glándulas endocrinas).

---

(55) Es significativa la STS 2616/1997, de 15 de abril, ya que para explicar el dolo recurre a teorías como la de la indiferencia o del sentimiento, dice: «Tras las teorías que han ido barajándose, tales la teoría de la probabilidad o de la representación, la del consentimiento o de la aprobación, la ecléctica y la de la indiferencia o del sentimiento, en general goza de cierta prevalencia la idea de que hay que partir en el dolo eventual del conocimiento por el sujeto de la concreta posibilidad de producción de un resultado lesivo típico fuera del ámbito del riesgo permitido, aceptando –algo distinto de «desear» o «perseguir»– aquella probabilidad implícita en su actuar voluntario.»

(56) PINATEL, J., *Tratado de derecho penal y criminología*, ob. cit., pp. 720-721.

(57) Esta sociabilidad no debe ser confundida con el Trastorno disocial en niños no socializados (F91.1) y *niños socializados* (F91.2) del CDI-10, p. 210.

(58) Toda la red neuronal puede influir en un sujeto para que lleve a cabo un comportamiento violento, entre otras estructuras, se incluyen el hipotálamo, la amígdala, el lóbulo temporal y el córtex prefrontal. *Vid.* DE LA TORRE, J., *Neurociencia, neuroética y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2014; GLEN, A. L. & RAINE, A., «Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour». *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 15 (1), 2014, pp. 54-63; MOYA-ALBIOL, L., *Neurocriminología. Psicobiología de la violencia*. Madrid: Pirámide, 2015.

### 3. Teorías de corte sociológico

De otro lado, debemos tener en cuenta las *Teorías sociológicas*, al considerar que en una persona aparecen los rasgos de indiferente por influencias negativas del ambiente social que le rodea (59). En este sentido, podemos encontrar dos dimensiones (60): de un lado, el pasivo, refiriéndose al proceso de inhibición afectiva como resultado de una actitud pasiva de envilecimiento reaccional; esta actitud pasiva es producto de que el sujeto es incapaz de experimentar la tensión moral (61) de una situación, de manera que reacciona ante estímulos morales sin la percepción de las consecuencias de sus actos. De otro lado, el activo, se refiere a la liberación afectiva, el acto es el resultado de una pasión predominante en el sujeto que busca su satisfacción a través de actos prohibidos, de tal manera que la discrepancia le va a conducir a un ahogo de la sensibilidad moral en su intento de lograr satisfacción. Afinando más la cuestión, la influencia negativa va a dar lugar a tres formas: a) el sujeto busca llegar a dicha insensibilidad; b) el sujeto presenta escasa afectividad sin ser consciente de ello; y c) el sujeto no tiene predisposición ni intención de actuar, solamente está influenciado por el entorno social. Según Byrne *et al.* (62), en la influencia social, hay que centrarse en la conformidad (63) –comportarse de manera que se ha visto como aceptable o apropiado–; en la condescendencia –esfuerzo para hacer que otro respondan de manera afirmativa nuestras peticiones–; en la obediencia (64) –forma de influencia social en la cual una persona simplemente ordena a otra realizar alguna acción–; y, en el adoctrinamiento

---

(59) Las influencias sociales resaltan la importancia de factores sociales para poder explicar los actos delictivos de una persona, ponen énfasis no sólo en la desorganización sino también en la falta de integración social de una persona cuando lleva a cabo una conducta delictiva. Las interacciones sociales negativas son las que más inciden sobre la conducta delictiva, esas relaciones interpersonales pueden generar tensión, estrés y, por tanto, una ruptura con los vínculos sociales.

(60) SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *Manual de clínica criminológica*, ob. cit., p. 201.

(61) El *Trastorno ansioso (evitativo) de la personalidad* (F60.6) se caracteriza por tener sentimientos constantes y generalizado de tensión emocional, teniendo en cuenta el CIE-10, p. 165.

(62) BYRNE, D. y BARON, R., *Psicología social* [trad.], José V. Pestana y otros. 10.º Madrid: Pearson, Prentice Hall, 2005, p. 358.

(63) Según BYRNE, para explicar la conformidad en la influencia del grupo considera que es necesario tener en cuenta algunas circunstancias, entre ya que las normas sociales están formuladas y detalladas explícitamente, pero que también hay otras normas que se encuentran implícitas o tácitas, es decir que si obedecen sin estar escritas. BYRNE, D. y BARON, R., *Psicología social*, ob. cit., p. 357.

(64) Es considerada una forma extrema de influencia social junto con el adoctrinamiento intenso, *Vid.* BYRNE, D. y BARON, R., *Psicología social*, ob. cit., p. 384; se incluyen aquí las conductas de las sectas.

intenso –supone los esfuerzo de los grupos extremistas para reclutar nuevos miembros e introducirlos a aceptar las creencias del grupo de una manera incuestionable–.

La explicación de la indiferencia afectiva con las Teorías sociológicas también se sustenta en la educación, caracterizada porque distingue dos grupos de instintos: los de simpatía y los de defensa. De ambos dependen las estructuras afectivas. Si bien es cierto, para que la afectividad se desarrolle normalmente, éste enfoque entiende que es necesario que el sujeto atravesase, en la etapa más temprana de su desarrollo, una fase ambivalente en la cual haya podido experimentar resentimientos u odio hacia los padres, amando y estando seguro de ser amado por ellos (65). Stern (66) habla de *interafectividad* (67). Se trata de una experiencia de compromiso afectivo que algunos delincuentes no han conocido nunca, produciendo un estado permanente de inhibición afectiva (68) en la cual nada impedirá los gestos agresivos que se pro-

---

(65) Es necesario tener en cuenta la influencia de la familia en el posible comportamiento delictivo del niño como base de las teorías de corte sociológico.

(66) STERN, D., *El mundo interpersonal del infante: una perspectiva desde el psicoanálisis y la psicología evolutiva*. Buenos Aires: Paidós, 1985, p. 188.

(67) El autor manifiesta que «el apareamiento temprano que el niño hace entre su propio estado emocional y aquel que percibe de su Madre representa la forma inicial, más generalizada e inmediatamente importante del proceso de compartir y comunicar experiencias subjetivas». STERN, D., *El mundo interpersonal del infante: una perspectiva desde el psicoanálisis y la psicología evolutiva*, ob. cit., p. 188.

(68) La inhibición afectiva es considerada como la dificultad que tienen las personas para identificar y expresar tanto emociones como sentimientos, en el caso de que la inhibición afectiva sea profunda hay una total disociación del sujeto con el mundo afectivo. Hay una serie de rasgos que denotan la inhibición afectiva, el principal de ellos es la frialdad, y en los casos más extremos no logran sentir. Los rasgos más visibles son: no experimenta placer o lo hace mínimamente; no se interesa por su vida sexual; es una persona conformista; se mueve de forma rígida y lenta; tiene escasa vida social; muestran falta de vitalidad; son impulsivos; casi siempre son serios y aburridos; no tienen fantasías y les cuesta mucho trabajo usar la imaginación; en el caso de que establezcan algún vínculo lo hacen por dependencia; jamás dicen te quiero (<https://lamenteesmaravillosa.com/la-inhibicion-afe>). Dentro de este tipo de inhibición podemos situar al trastorno de la personalidad evasiva por indicar un patrón dominante de inhibición social, de sentimiento de incompetencia e hipersensibilidad a la evaluación negativa ya que manifiesta hechos como no mostrarse dispuesto a establecer relaciones con los demás o mostrarse retraído en relaciones estrechas. *Vid.* DSM-V, p. 368. De otro lado, se habla de inhibición conductual definida como la tendencia temperamental caracterizada por la presencia de marcados comportamientos de miedo y retraimiento ante estímulos o situaciones novedosas o ante personas desconocidas. *Vid.* KAGAN, J., REZNICK, S. y SNIDMAN, N., «Biological bases of childhood shyness», *Science*, Apr 8, 240(4849), 1988, pp. 167-171. En este sentido, podemos tener en cuenta la teoría de la sensibilidad al refuerzo de Gray por contemplar el sistema motivacional con base biológico referido al sistema de aproximación o a la activación conductual por ser sensible al sistema de inhibición conductual. *Vid.* GRAY, J., «Brain systems that mediate both emotion and cognition», *Journal Cognition and Emotion*, vol. 4, issue 3, 1990, pp. 269-288.

ducirán con respecto al prójimo. Esta inhibición ha de entenderse conjugada con un proceso de liberación afectiva, de este modo, nos encontramos en presencia de casos en los cuales está implicada la noción de *falta de moral*, mediante la que el delincuente supera lo odioso de la ejecución de sus actos. Esta inhibición afectiva se desarrolla fuera de toda participación personal y por un proceso de liberación caracterizada por una especie de participación del individuo. Así, la inhibición produce para el sujeto la instauración de un estado de hecho sin su participación, pasándole inadvertido lo que sucede en él, hasta tal punto que dicho estado de silencio afectivo, rayando con la indiferencia limítrofe, posibilita la agresión con una ausencia total de emoción. Este proceso de inhibición afectiva, en la que no hay participación del sujeto, evoca ciertos procesos patológicos, dado que existen perversiones instintivas adquiridas en proceso post traumáticos, post infecciosos o predemenciales, así como con el desarrollo del córtex, dirigiendo la naturaleza del proceso de inhibición afectiva cuyo alcance variará dependiendo del grado de perfección del individuo respecto a la inhibición que les afecta, pudiendo, de este modo, esforzarse por salvar su capacidad afectiva mediante compensaciones de diferente índole, aspectos probablemente inducido por el ambiente, la educación o la cultura, pero igualmente probable puede depender de la calidad misma de la persona, respecto de la calidad de su sistema nervioso, dado que para que se inicie determinados procesos de compensación se debe poseer una cierta sensibilidad, cuya laguna en su registro podría estar ligada a una imperfección constitucional. En cualquier caso, se brinda necesario que el sujeto capte el proceso de inhibición afectiva, a fin de poderse involucrar en su compensación, situación inexistente para los sujetos faltos de tensión moral con conductas totalmente indiferentes a las consecuencias de sus actos.

Para este tipo de sujetos delincuentes, la forma de superar lo odioso de la ejecución del delito consiste en buscar la satisfacción a través de un proceso de liberación mediante la ejecución del hecho criminal, que supondría la satisfacción del cumplimiento de sus fines (69).

#### 4. Teorías dinámicas

También se debe hacer alusión a las *Teorías dinámicas*, al manifestar que el rasgo de indiferencia afectiva tiene lugar cuando hay ausencia de la figura materna, ya que es la que desarrolla la parte afectiva del niño. Esta ausencia da lugar a la creación de una indiferencia altruista,

---

(69) PINATEL, J., *Tratado de derecho penal y criminología*, ob. cit., p. 727.

sin ningún tipo de compromiso afectivo, finalizando con un profundo y permanente estado de indiferencia hacia el prójimo. Afinando más la cuestión, como acertadamente indica Sánchez Gómez (70), la indiferencia afectiva sería, en este caso, la expresión de una carencia educativa.

En este sentido, debemos tener en cuenta la *Teoría del apego*, formulada por John Bowlby (1969) y Mary Ainsworth (1989), basándose en investigaciones sobre el apego o vínculo afectivo que se establece entre madre e hijo (71). El modelo propuesto por Bowlby se basaba en la existencia de cuatro sistemas de conductas relacionados entre sí:

- a) El sistema de conductas de apego,
- b) el sistema de exploración,
- c) el sistema de miedo a los extraños y
- d) el sistema afiliativo.

La dinámica de conductas de apego se refiere a todas aquellas conductas que están a merced de la proximidad y el contacto con las figuras de apego, es decir, risa, llanto, contactos, etc. Estas conductas se activarían cuando aumenta la distancia con la figura de apego (con los padres) o cuando se perciben señales de amenazas, de manera que el mecanismo de defensa por parte del niño es ponerlos en marcha para restablecer nuevamente la proximidad con los padres. Por lo tanto, el apego hace referencia a una serie de conductas diversas, cuya activación/desactivación, intensidad y morfología de sus manifestaciones va a depender de factores contextuales, individuales y sociales. Bowlby definía que «Lo que por motivos de conveniencia denomino teoría del apego es una forma de conceptualizar la tendencia de los seres humanos a crear fuertes lazos afectivos con determinadas personas en particular y un intento de explicar la amplia variedad de formas de dolor emocional y trastornos de la personalidad, tales como la ansiedad, la ira, la depresión y el alejamiento emocional, que se producen como consecuencia de la separación indeseada y de la pérdida afectiva» (72). Por su parte, Ainsworth descri-

---

(70) SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *La construcción de un perfil radical yihadista*, ob. cit., p. 202.

(71) La teoría del apego es considerada como una de las construcciones teóricas más sólidas, dentro del ámbito del desarrollo socioemocional.

(72) De otro lado, el autor hablaba de un *estilo de apego*, considerando que es el grado de seguridad experimentado en las relaciones interpersonales. Los diferentes estilos se desarrollan en la primera infancia, pero parecen afectar la conducta interpersonal a lo largo de toda la vida. Los estilos de apego que indica el autor son: estilo de apego preocupado; estilo de apego rechazado; estilo de apego seguro; y estilo de apego temeroso-evitador. Todos ellos estudiados según el modelo de Bartholomew. Vid. BARTHOLOMEW, K., «Avoidance of intimacy: An attachment perspective», *Journal of Social and Personal Relationships*, n.º 7, 1990, pp. 147-178.



bió tres patrones conductuales que eran representativos de los distintos tipos de apego establecidos: – niños de apego seguro; – niño de apego inseguro-evitativo; – niño de apego inseguro-ambivalente.

La falta de relación afectiva entre padres e hijos da lugar a una probabilidad de que el niño se involucre en actividades delictivas (73). Esta falta de apego en la relación está fundamentada en la *Teoría del Control Social* de Hirschi, de 1969. Haciendo alusión a Hirschi, y en relación con el apego, manifiesta que el apego entre los padres y los hijos permite a aquellos a controlar a estos, tanto de una manera directa como indirecta, ya que el recibir una información de las actividades y establecer una relación de afecto entre las partes favorecen el proceso de socialización. En el caso de que exista ausencia de apego, elimina la posibilidad de que los padres establezcan controles sobre los hijos, dificultándose el proceso de socialización, y pudiendo aumentar la probabilidad de que se lleven a cabo conductas delictivas por parte de los hijos. Afinando más la cuestión, en esta relación afectiva entre hijos y padres, tiene un papel fundamental las relaciones afectivas con la madre en el proceso de desarrollo del niño. Considerándose que, la ausencia de ésta tiene un papel importante en la conducta desviada del niño, incluso éste es uno de los puntos de partida de algunas investigaciones referidas a la delincuencia juvenil (74).

Las personas con indiferencia afectiva, al tratarse de personas que carecen de empatía, se debe de tener en cuenta aquellas teorías que hablen del *comportamiento altruista*, ya que es la causa más citada en la empatía, dando lugar a un *modelo del altruismo-empático*. Según los estudios de Batson (75) este sentimiento es en el que se produce una motivación, por la finalidad última de beneficiar a la persona por la que se siente empatía (esta capacidad incluso se puede observar en niños de corta edad). Incluso, se ha tratado de identificar el conjunto de rasgos que definiría la personalidad altruista, indicándose, en este caso, que tiene una serie de componentes: alto autoconcepto en empa-

---

(73) Vid. LINDEN, R. y FILLMORE, C., «A comparative Study of Delinquency involvement», *Canadian Review of Sociology*, vol. 18, issue 3, 1981, pp. 343-361; LINDEN, R. y HACKLER, J. 1973. «Affective Ties and delinquency», *Pacific Sociological Review*, January, vol. 16, n.º 1, 1973, pp. 27-46.

(74) Vid. GLUECK, S. y GLUECK, E., *Unraveling Juvenile delinquency*. Cambridge: Harvard University Press, 1950; HIRSCHI, T., *Causes of Delinquency*. Berkely: University of California Press, 1969; OLWEUS, D., «Familial and temperamental determinants of aggressive behavior in adolescent boys: a causal analysis». *Developmental Psychology*, vol. 16(6), 1980, pp. 644-660.

(75) BATSON, D., «Altruism and prosocial behavior», en GILBERT, D. T. FISKE, S., y LINDZEY, G. *The Handbook of social psychology*. Nueva York: McGraw-Hill, 1998, pp. 282-316.

tía, firme creencia en un mundo justo, elevado sentimiento de responsabilidad social, locus del control interno y bajos niveles de egocentrismo, en palabras de Sánchez Gómez (76).

Íntimamente relacionado con la Teoría del apego está la *Teoría evolutiva* como punto de partida de la concepción de la personalidad de un sujeto a ser desarrollada a lo largo de la vida. También la *Teoría de la ansiedad* como reacción a las amenazas y a la inseguridad en las relaciones de apego; y, por último, con la *Teoría de la internalización o representación* a ser modelos operativos internos que se generan a partir de la interacción con los progenitores (77). Todas estas teorías deben ser tenidas en cuenta cuando hablamos de la *criminogénesis* en la conducta delictiva de un sujeto.

La ausencia de culpabilidad conecta el rasgo de la indiferencia afectiva con el de egocentrismo, al participar ambos rasgos de la ausencia o disminución de la culpabilidad vivida por el sujeto, de manera que el egocentrismo influirá sobre el juicio emitido respecto al acto y la indiferencia afectiva impedirá experimentar lo odioso de su ejecución. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que existe una psicopatología de la afectividad (78), como sucede en las disforias (maníaca, depresiva, angustia, etc.).

#### IV. ATRIBUTOS DE LA INDIFERENCIA AFECTIVA

Freud (79) determinó que la actitud de indiferencia hacia el mundo externo es un producto del narcisismo primario, en el cual el que está investido de interés no es el mundo sino el yo. Este tipo de indiferencia, en base al CIE-10 (80), debe distinguirse de la indiferencia en los sujetos histéricos ya que estos padecen síntomas de conversación con frecuencia penosos, sin una adecuada manifestación emotiva.

---

(76) SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *Manual de clínica criminológica*, ob. cit., p. 279.

(77) Vid., BOWLBY, J., «El apego». Tomo 1 de la trilogía «El apego y la pérdida». Barcelona: Paidós, 1998; CIRILLO, S. y otros., «El padre y la Teoría del Apego». Cap. 7, *La familia del toxicodependiente*, Barcelona: Paidós, 1999, pp. 223-248; LÓPEZ, F. y otros., *Desarrollo afectivo y social*. Madrid: Pirámide, 1999.

(78) Vid. en este sentido, CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J. C., *Psiquiatría y Derecho*. Madrid: Cauce, 1997, pp. 138 y ss.; VALLEJO, J., *Introducción a la psicopatología y psiquiatría*. 4.<sup>a</sup> ed. 2000, pp. 221 y ss.

(79) FREUD, S., «Prefazione alla terza edizione» (1914), a «Tre saggi sulla teoria sessuale» (1905), *Opere*. Turín: Boringhieri, 1970, vol. IV (Prólogo a la tercera edición –1914– en Tres ensayos de teoría sexual –1905–, *Obras completas*, vol. VII, Buenos Aires: Amorrortu, 1976).

(80) CIE-10, p. 124.

## 1. Atributos

Podemos señalar algunos atributos dentro del rasgo independiente nocivo de la indiferencia afectiva (81), pudiendo tener como base la autoridad, la superioridad, el exhibicionismo, la pretensión del sujeto, según la autosuficiencia del sujeto criminal, entre otros aspectos:

1. Tiene sentimiento de grandeza, de prepotencia (82).
2. Estar absorto en fantasías de éxito, poder, brillantez, belleza o amor ideal ilimitado (83).
3. Cree que es especial y único, y que sólo pueden comprenderle o sólo puede relacionarse con otras personas (o instituciones) especiales o de alto estatus (84).
4. Tiene una necesidad excesiva de admiración (85).

---

(81) Dado que se han encontrado y analizado exactamente 113 atributos del rasgo de la personalidad de la Indiferencia afectiva, solo serán expuestos en el listado aquellos que son considerados más relevantes y significativos. Estos atributos (los 113 -34 que se indican, a los que hay que añadirles los 20 ítems de la herramienta de valoración de riesgo de la PCL-R-) son extraídos de Manuales como: Asociación Americana de Psiquiatría, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*, Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013; *Clasificación de los Trastornos mentales y del comportamiento*. Madrid: Médica Panamericana, 1994; MOORE, A. y JEFFERSON, J. W., *Manual de Psiquiatría Médica*. Madrid: Elsevier, 2005; HARE, R. *Manual de escala de evaluación de la psicopatía de Hare: versión de cribado*, ob. cit.; HARE, R. y BABIAK, P., *Snakes in suits. When psychopaths go to work*. United States: Harper Collins, 2006; HARE, R., *Without Conscience. The disturbing world of the psychopaths among us*. New York: The Guilford Press, 1995; CLECKELY, H., *The mask of sanity*. 5.º Augusta, Georgia: Emily S. Cleckley, 1988; CARRASCO GÓMEZ, J. J. y MAZA MARTÍN, J. M., *Tratado de Psiquiatría Legal y Forense*, 4.ª edición, Madrid, La Ley-Actualidad, 2011; CABALLO, V. E. (coord.), *Manual de trastornos de la personalidad. Descripción, evaluación y tratamiento*, Síntesis, Madrid, 2004; SÁNCHEZ GÓMEZ J., *Manual de Clínica Criminológica. Perfil de Peligrosidad Criminal*, Madrid, Tecnos, 2012.

(82) Supone que el sujeto espera ser reconocido como un ser superior sin contar con los correspondientes éxitos, además alardea y hace de abuso del propio poder; se encuentra relacionado con el Trastorno de la personalidad narcisista en el DSM-V 301.81 (F60.81), p. 365. Si bien es cierto, si tenemos en cuenta el CDI-10, pp. 163, 231-232 respecto del *Trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad* en el tipo impulsivo viene reflejado con la característica o criterio general de que este tipo de personas tienen una marcada predisposición a presentar un comportamiento pendenciero y a tener conflictos con los demás, en especial cuando los actos impulsivos son impedidos o censurados. *Vid. el Trastorno narcisista de la personalidad*.

(83) Supone que la fantasía de éxito es ilimitada y el sujeto escapa de elaborar historias fantásticas, especialmente las relacionadas con el amor relacionado con el trastorno de la personalidad narcisista.

(84) *Vid. el Trastorno de la personalidad narcisista*.

(85) *Vid. el Trastorno de la personalidad narcisista*.

5. Muestra un sentimiento de privilegio (es decir, expectativa no razonable de tratamiento especialmente favorable o de cumplimiento automático de sus expectativas y deseos) (86).
6. Explota en las relaciones interpersonales, es decir, se aprovecha de los demás para sus propios fines (87).
7. Carece de empatía: no está dispuesto a reconocer o a identificarse con los sentimientos y necesidades de los demás (88).
8. Con frecuencia envidia a los demás o cree que éstos sienten envidia de él (89).
9. Muestra comportamientos o actitudes arrogantes, o altivos, de superioridad (90).
10. Es narcisista (91).
11. Se considera y quiere ser el líder, así como le gusta tener autoridad sobre los demás.
12. Personalidad antisocial (92).
13. A menudo acosa, amenaza o intimida a otros (93).
14. A menudo inicia peleas (94).

---

(86) Supone que el sujeto tiene una serie de expectativas que no son consideradas como razonables. *Vid. el Trastorno de la personalidad narcisista.*

(87) Supone que el sujeto se aprovecha de los demás para conseguir sus propios fines. *Vid. el Trastorno de la personalidad narcisista.*

(88) Supone que el sujeto es insensible, hace referencia la capacidad de reconocer e identificar los sentimientos y las necesidades de los demás, poniéndose por lo tanto en el lugar de los demás y responder de una manera correcta a las reacciones emocionales. *Vid. el Trastorno de la personalidad narcisista y el trastorno obsesivo-compulsivo.* Esta falta de amor al prójimo también la podemos encontrar en los trastornos relacionados con traumas y factores de estrés (*Trastorno de estrés postraumático*).

(89) *Vid. el Trastorno de la personalidad narcisista.*

(90) Es decir, se trata de una persona que es orgullosa y engreída, debe cumplir los requisitos generales para el trastorno de la personalidad, además, de los referidos al narcisismo, en concreto.

(91) Se trata de sujetos con un patrón dominante de la grandeza tanto en la fantasía común el comportamiento, necesitan ser admirados y tienen falta de empatía. Para que se pueda hablar de una persona narcisista se tienen que dar cinco de los atributos reflejados en el DSM-V. Como afirma Moore y Jefferson, este tipo de sujetos, cuando son humillados, reaccionan a veces de forma colérica. Es más habitual, no obstante, que enmascaren su reacción bajo una actitud de indiferencia y altanería, como si la opinión de los demás no les importara en absoluto. Se trata de un trastorno de la personalidad poco frecuente, que se da en menos del 1% de la población general; es algo más frecuente en varones que en mujeres. MOORE, A. y JEFFERSON, J.W., *Manual de Psiquiatría Médica*, ob. cit., p. 257.

(92) Conductas persistentes de manipulación, explotación o violación de los derechos de los demás. Hay que tener diferentes herramientas de valoración de riesgo, entre ellas la PCL: SV y PCL-R de Robert Hare, o la HCR-20.

(93) *Vid. el Trastorno de la conducta y el trastorno disocial.*

(94) *Vid. el Trastorno disocial*, en las que el sujeto inicia peleas o intimidaciones excesivas.

15. Agresión sexual a las personas (95).
16. Destruye de forma deliberada la propiedad de alguien (96).
17. A menudo miente para obtener objetos o favores, o para evitar obligaciones (97).
18. Incumplen de manera grave las normas (98).
19. Trastornos en la conducta (99).
20. Placer, gratificación o alivio en el momento de cometer el acto (100).
21. Impulsividad (101).

---

(95) Puede llegar al sadismo sexual, por lo que estaríamos ante sujetos con un trastorno de sadismo sexual manifestando sobre la víctima fantasías, deseos irrefrenables y comportamientos que derivan en un sufrimiento físico o psicológico de la víctima. *Vid.*, el *Trastorno disocial*. Podemos incluir la figura del psicópata sexual, ya que actúa con indiferencia afectiva, sin afecto moral, en atención a una afectividad emocional y sexual, pero no intelectual.

(96) *Vid.* el *Trastorno disocial*.

(97) La mentira es uno de los atributos que también está asociado al trastorno de la personalidad antisocial, este engaño se manifiesta en mentiras repetidas, pudiendo, incluso, utilizar alias o estafas para su provecho o placer personal. *Vid.* el *Trastorno de la personalidad antisocial* y el *Trastorno disocial*.

(98) Es decir, el sujeto no explica a nadie su comportamiento, además de que no repara o enmienda su comportamiento. Supone, para el caso del trastorno de la personalidad antisocial, un incumplimiento de las normas sociales respecto a los comportamientos legales (sucesivas detenciones).

(99) Se trata de un patrón repetitivo y persistente de comportamiento en el que no se respetan los derechos básicos de las demás personas, las normas o las reglas sociales. Para que se dé el trastorno de la conducta es necesario que se den en los 12 últimos meses al menos tres criterios en cualquiera de las categorías.

(100) Trastorno de la conducta relacionado con la cleptomanía. *Vid.* los *Trastornos de los hábitos y del control de impulsos* (F63.2) con la característica de que hay una sensación de gratificación durante o después del acto delictivo y con el trastorno disocial.

(101) Se trata de una violencia espontánea, no es provocada ni planeada. *Vid.* *Trastornos destructivos del control de los impulsos y de la conducta*. También lo encontramos en un atributo del *Trastorno de la personalidad antisocial* cuando hay un fracaso para planear con antelación. En el CDI-10 la impulsividad se encuentra recogida en el *Trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad* (F60.3) concluyendo con el siguiente patrón: existe una marcada predisposición a actuar de un modo impulsivo sin tener en cuenta las consecuencias; el ánimo es impredecible y caprichoso. Existe predisposición a tener arrebatos de ira y violencia, con incapacidad para controlar las propias conductas explosivas. Asimismo, hay predisposición a presentar un comportamiento pendenciero y a tener conflictos con los demás, en especial cuando los actos impulsivos propios son impedidos o censurados. Se distinguen dos tipos de trastornos: el tipo impulsivo, caracterizado principalmente por inestabilidad emocional y falta de control de impulsos; y el límite, caracterizado, además, por distorsiones de la imagen corporal, de los propios objetivos y de la imagen íntima, sentimientos crónicos de vacío, relaciones interpersonales intensas e inestables y tendencia al comportamiento autodestructivo, incluyendo gestos e intentos de suicidio.

22. Irritabilidad (102).
23. Irresponsabilidad (103).
24. Ausencia de remordimiento (104).
25. Puede acusar o transferir la culpa a otros de su conducta (105).
26. Capacidad o no para comprender los sentimientos de los demás (106).
27. Tolerancia a la frustración (107).
28. Conducta disocial (108).
29. Delincuencia psicopática (109).
30. Sentimiento de desapego (110).

---

(102) La irritabilidad es un atributo del rasgo de la indiferencia afectiva en los sujetos con trastorno de la personalidad antisocial que se manifiesta en peleas o agresiones físicas repetidas. Los sujetos presentan la característica de: actitud marcada y persistente de irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales.

(103) *Vid. el Trastorno de la personalidad antisocial*, la irresponsabilidad es constante, tanto en el ámbito laboral como en las obligaciones económicas.

(104) *Vid. el Trastorno de la personalidad disocial* con indiferencia o racionalización del hecho de haber herido, maltratado o robado a alguien. *Vid. el Trastorno de personalidad* indicando que el sujeto tiene una incapacidad para sentir culpa y para aprender de la experiencia, en especial, del castigo.

(105) Supone que el sujeto puede justificar su conducta dañina y delictiva. En atención al *Trastorno de la personalidad*, se dictamina que estos sujetos tienen una marcada predisposición a culpar a los demás o a presentar racionalizaciones verosímiles del comportamiento conflictivo. *Vid. el Trastorno disocial*.

(106) *Trastorno de la personalidad antisocial*.

(107) Este criterio o atributo también forma parte de los sujetos con trastorno de la personalidad indicándose que hay una muy baja tolerancia a la frustración y bajo umbral para descargas de agresividad, incluyendo reacciones violentas.

(108) Presencia recurrente de conductas distorsionadas, destructivas y de carácter negativo, además de transgresoras de las normas sociales, en el comportamiento del individuo. En el CDI-10 el *Trastorno disocial* excluye al trastorno del humor (afectivos) del F30-F39, así como a la esquizofrenia, no obstante, está asociado con el trastorno emocional.

(109) También llamado *Trastorno antisocial de la personalidad*. Estos sujetos tienen anestesia afectiva, no sienten culpa, por lo tanto, ellos no son los que sufren, pero sí las personas de su entorno.

(110) Supone la capacidad que tiene una persona de establecer lazos afectivos con otros seres humanos. Estos lazos se construyen y mantienen a través de las emociones. Este sentimiento también puede estar asociado al estrés posttraumático. Aunque también lo encontramos en el *Trastorno de la personalidad esquizoide*.

31. Casi siempre elige actividades solitarias (111).
32. Esquizoide (112).
33. Insensible (113).
34. Afecto superficial y poco profundo (114).

Todos estos atributos le hacen al sujeto ser una persona peligrosa, para sí mismo y para los demás. Todos los atributos deben ser observados y analizados por el criminólogo clínico con la intención de encontrar las causas criminógenas que lo sustentan, para ello deberá emplear el método y la técnica adecuados que permitan conocerlos, analizarlos e interpretarlos.

## 2. La indiferencia afectiva y la psicopatía

Se ha de indicar que, la mayoría de los atributos señalados, corresponden a la psicopatía o el *Trastorno de la conducta antisocial*. La descripción clínica más importante de la psicopatía se puede encontrar

---

(111) Se caracteriza porque hay una carencia de contactos afectivos con el entorno, por lo tanto, se añade que estos sujetos tienen deficiencia para establecer relaciones.

(112) Se trata de aquellas personas que tienen un patrón dominante de desapego en las relaciones sociales y poca variedad de expresión de las emociones en contextos interpersonales. Comienza en las primeras etapas de la edad adulta y se puede presentar en diferentes contextos. Cleckley manifiesta que es posible una formulación diagnóstica de la psicosis con personalidad psicopática. Además, así es definido por los esquemas para los exámenes psiquiátricos en 1943; las psicosis son variadas en su forma, pero normalmente tiene un carácter episódico, las más frecuentes son ataques de irritabilidad, excitación, depresión, episodios paranoides, etc., una personalidad psicopática con un ataque y maniacodepresivo debe clasificarse como maniaco-depresivo, un grupo con personalidad psicopática y con psicosis esquizofrénica. CLECKLEY, H., *The mask of sanity*. 5°. Augusta, Georgia: Emily S. Cleckley, 1988, p. 247.

(113) Identificado, también, con el atributo de la empatía. En el trastorno de la conducta el sujeto no tendrá en cuenta ni le va a preocupar los sentimientos de los demás, por lo tanto, se trata de una persona fría e indiferente; e incluso parece más preocupada por los efectos de sus actos sobre sí mismo que sobre los demás.

(114) Ítem de la PCL-R. Es uno de los atributos que se presenta en el trastorno histriónico de la personalidad, caracterizándose por un afecto superficial, además de una exagerada expresión de las emociones, sujetos sugestionables, egocéntricos, con falta de consideración hacia los demás, entre otras características.

trar en libro de Cleckley, *The Mask of Sanity* (1976). Cleckley describe quince características del trastorno, a saber (115):

1. Encanto Superficial y buena inteligencia.
2. Ausencia de delirio u otros signos de pensamiento irracional.
3. Ausencia de ansiedad u otras manifestaciones psiconeuróticas.
4. Poco fiable.
5. Falta a la verdad y no es sincero.
6. Ausencia de remordimiento o sentimientos de vergüenza.
7. Conducta antisocial inadecuadamente motivada.
8. Fracaso en aprender de la experiencia.
9. Egocentrismo patológico e incapacidad para amar.
10. Relaciones afectivas generalmente pobres.
11. Pérdida específica de *insight*: poca capacidad de respuesta en las relaciones interpersonales.
12. Comportamiento desordenado cuando bebe (y a veces cuando no lo hace).
13. Raramente se suicidan.
14. Relaciones sexuales impersonales, triviales y pobremente integradas.
15. Fracaso en seguir un plan de vida realista.

Robert Hare es el autor de la Versión de Cribado de la Escala de Evaluación de la Psicopatía de Hare (*Hare Psychopathy Checklist Screening Version*) (en adelante, PCL: SV) (116). La Versión Revisada de la Escala de Evaluación de la Psicopatía de Hare (*Hare Psychopathy Checklist Revised*) (en adelante, PCL-R) (117).

A continuación, se señalan los ítems de la PCL-R en la Tabla 2, de Hare, por su especial relación con el rasgo de la Indiferencia afectiva (118).

---

(115) HARE, R. D., COX, D. N., y HART, S. D., *Manual de escala de evaluación de la psicopatía de Hare: versión cribado*, 1991. Adaptado al castellano por Teresa Silva, Enrique López y Vicente Garrido. Disponible en: [https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3389\\_10.\\_manual.pdf](https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3389_10._manual.pdf) última consulta el 5 de diciembre de 2018, p. 9; CLECKELY, H., *The mask of sanity*. 5.º Augusta, Georgia: Emily S. Cleckley, 1988, p. 338. Se incluyen características del trastorno antisocial, del trastorno narcisista, del trastorno histriónico y del trastorno límite.

(116) Es una escala de 12 ítems que deriva en la PCL-R, el propósito es hacer un cribado de la psicopatía en el ámbito forense y evaluar el diagnóstico de psicopatía fuera del contexto forense. HARE, R. D., COX, D. N., y HART, S. D., *Manual de escala de evaluación de la psicopatía de Hare: versión cribado*, ob. cit., p. 7.

(117) Es una escala de 20 ítems, debe ser utilizada en contextos forenses.

(118) HARE, R. D., COX, D. N., y HART, S. D., *Manual de escala de evaluación de la psicopatía de Hare: versión cribado*, ob. cit., p. 17; Vid. ANDREWS, D. A. y BONTA, J., *The Psychology of criminal conduct*. 5.º Carleton University. Canada: Lexis Nexis, 2010.



Tabla 2. Ítems de la PCL-R de R. Hare

Ítem	Descripción	Factor en que puntúa
1	Facilidad de palabra/encanto superficial	1
2	Sentido desmesurado de autovalía	1
3	Necesidad de estimulación/tendencia al aburrimiento	2
4	Mentira patológica	1
5	Estafador/manipulador	1
6	Ausencia de remordimiento o sentimiento de culpa	1
7	Afecto superficial y poco profundo	1
8	Insensibilidad afectiva/ausencia de empatía	1
9	Estilo de vida parasitario	2
10	Pobre autocontrol de la conducta	2
11	Conducta sexual promiscua	–
12	Problemas de conducta en la infancia	2
13	Ausencia de metas realistas a largo plazo	2
14	Impulsividad	2
15	Irresponsabilidad	2
16	Incapacidad para aceptar la responsabilidad de las propias acciones	1
17	Frecuentes relaciones maritales breves	–
18	Delincuencia juvenil	2
19	Revocación de la libertad condicional	2
20	Versatilidad criminal	–

El Factor 1 hace referencia a la faceta interpersonal y afectiva del criminal. Y el Factor 2 a la faceta de estilo de vida y antisocial. Hare (119) manifiesta que el dominio efectivo incluye lo que una persona siente o no siente emocionalmente, derivando en un estilo de vida; este dominio describe cómo viven en la sociedad y si el sujeto es uno antisocial y, por lo tanto, llevar a cabo comportamientos antisociales.

(119) HARE, R. y BABIAK, P., *Snakes in suits. When psychopaths go to work*. United States: Harper Collins, 2006, p. 27.

Si bien es cierto, Kahn (120) ha enumerado unas características en las que el psicópata puede ser clasificado, a saber:

1. El nervioso.
2. El ansioso.
3. El sensible.
4. El compulsivo.
5. El excitable.
6. El hipertímico.
7. El depresivo.
8. El caprichoso.
9. El frío afectivo.
10. Los débiles de voluntad.
11. El impulsivo.
12. El perverso sexual.
13. El histérico.
14. El fantástico.
15. Los manipuladores.
16. El excéntrico.

### 3. Causas de la indiferencia afectiva

Se pueden señalar unas psicopatologías de la afectividad (121):

a) Alegría (euforia). Puede ser definido como aquel sentimiento o actitud emotiva caracterizada por un tono sensorial agradable, puede estar relacionado con sucesos o experiencias del presente inmediato. La alegría también puede ser patológica, teniendo una gran relevancia clínica ya que al ser desproporcionada es una situación no adecuada a la realidad, hay sentimientos que se le pueden asociar relacionados con el estado de ánimo y con la irritabilidad.

b) Tristeza. Tratándose por lo tanto de una tristeza patológica, constituyendo el síntoma central de la depresión, y puede estar acompañada de otros afectos como puede ser la indiferencia.

c) Anhedonia (122). Es aquella situación en la que un sujeto ve disminuida o desaparecida su capacidad para obtener placer, cuando

---

(120) KAHN, E., *Psychopathic personalities*. New Haven: Yale University Press, 1931.

(121) CRESPO, J. M., *Psicopatología de la afectividad*. Madrid: Elsevier España, 2015, pp. 94 y ss.

(122) Esta anomalía al ser compleja dificulta el poderla diferenciar con el síntoma de la apatía. *Vid.* OLIVARES, J.M., Afectividad y estado de ánimo: tristeza, apatía, anhedonia. In Luque, R., Villagrán, J.M. (Eds.). *Tratado de psicopatología*. Madrid: Triacastela, 2000, pp. 167-185. *Vid.* el CIE-10 desde las páginas 77 a 140.

en otras circunstancias con anterioridad si obtenía dicho placer. Lo podemos encontrar en el CDI-10 respecto al síndrome de abstinencia cocaína al indicar que uno de los criterios generales de este síndrome es que hay un humor disfórico (por ejemplo, tristeza o anhedonia), así como en síndrome de abstinencia otros estimulantes, incluyendo la cafeína. No podemos dejar atrás el trastorno esquizotípico al tener una afectividad fría o inapropiada, también incluye la característica de anhedonia. El trastorno de estrés postraumático, no sólo indica las características de embotamiento emocional, desapego a los demás, sino también la anhedonia. También se recoge en otros trastornos neurológicos, como la neurastenia.

*d)* Ansiedad y angustia. Pese a que son emociones experimentadas por todas las personas, y que le acompañan a lo largo de su ciclo vital pueden tener un componente psíquico y somático. En grados extremos pueden dar lugar a cuadros psicóticos en la que se debe de incluir la esquizofrenia, en estos casos afecta a la indiferencia afectiva.

*e)* Disforia. Está asociado a algunos cuadros afectivos, puede ser definido como un humor displacentero, englobando diferentes emociones o sentimientos (irritabilidad malhumor, etc.). Podemos aseverar que existen trastornos de personalidad con síntomas disfóricos persistentes, como puede ser la esquizofrenia o el trastorno delirante crónico, especialmente al paranoide, según el CIE-10 y el DSM-V.

*f)* Paratimia o inadecuación afectiva. Se caracteriza porque los sujetos manifiestan de forma inadecuada la afectividad, es decir que no se corresponde con el contenido de sus vivencias. La respuesta afectiva de una persona no es apropiada al contexto situacional en la que se desarrolla. Es propio del trastorno esquizofrénico.

*g)* Ambivalencia. El sujeto puede tener tanto sentimientos positivos como negativos respecto a las personas como a las cosas. Lo podemos encontrar en trastornos de la personalidad o incluso en cuadros psicóticos como la esquizofrenia. La relación con la indiferencia afectiva es que el sujeto puede ser ambivalente en sus relaciones con los demás.

*h)* Incontinencia afectiva. Se trata de aquellos sujetos en los que hay una falta de control afectivo, por lo tanto, las características se refieren a estados afectivos y a las emociones, pudiendo llegar a ser superficiales. Existen grandes dificultades en el control de la afectividad. Es propio del trastorno bipolar, no debiéndose confundir con el análisis de la indiferencia afectiva que venimos desarrollando hasta aquí.

i) Neotimia. Se trata de sentimientos que aparecen como nuevos en el ciclo vital de una persona, se trata de un estado de éxtasis (123).

j) Alexitimia. En la incapacidad que tiene una persona para percibir sentimientos o para expresarlos. Entre las características se incluye a los sujetos que tienen incapacidad para identificar los sentimientos y la incapacidad para expresarlos, para comunicarlos o describirlos. En suma, en la incapacidad para percibir, expresar, describir, comunicar, identificar los sentimientos. Lo podemos encontrar en cuadros somatoformos y en trastornos disociativos.

k) Rigidez afectiva. El sujeto tiene una serie de sentimientos y emociones, pero no las modula. Es típico del trastorno de la esquizofrenia, entre otros.

l) Frialdad afectiva. Propia de los sujetos con trastorno de la personalidad y trastorno de la conducta.

Se determina que, la principal causa de la indiferencia afectiva es una disfunción del componente emocional de la empatía. El estudio de este componente ha estado influenciado por la teoría de las representaciones compartidas, sosteniendo que la capacidad humana, para comprender los estados emocionales de otras personas, esta referenciada por la activación de la misma representación en el cerebro del observador.

De esta forma, como acertadamente indica Sánchez Gómez (124) la activación de esta representación generaría automáticamente la respuesta somática que tiene asociada. Sigue afirmando que, a nivel neuronal, esta capacidad podría estar basada en mecanismos similares a las neuronas espejo que codifican tanto las experiencias propias como las observadas. Demostrándose que existen neuronas que se activan, tanto cuando se experimentan ciertas acciones, como cuando se observan, en arias homologas aquellas en las que se encuentran las neuronas espejo en los primates: gyrus frontal inferir, el córtex premotor ventral y el sulcus interparietal anterior y posterior.

#### 4. Manifestaciones ante la indiferencia afectiva

A modo de resumen se establece, a través de un cuadro, aquellos trastornos en los que se manifiesta la indiferencia afectiva.

---

(123) Vid. SCHARFETTER, E., *Introducción a la psicopatología General*. Madrid: Morata, 1988.

(124) SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *La construcción de un perfil radical yihadista*, ob. cit., p. 197.

Trastornos de la personalidad o psicóticos	Trastornos de la conducta
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Esquizofrenia</li> </ul> <p>Este tipo de sujetos tienen alteraciones de la afectividad (desapego, ambivalencia, embotamiento, indiferencia y frialdad, etc.)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Trastorno delirante</li> <li>– Psicosis maníaca-depresiva</li> </ul> <p>Llamada así por Kraepelin en 1978, se trataba de un trastorno de la afectividad en la que se sucedían clínicamente cuadros de melancolía y de manía (125).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Neurosis</li> </ul> <p>Es un trastorno dimensional, es decir, cuantitativo (126), ya que no hay neuróticos y no neuróticos, sino personas con alto o bajo nivel de neuroticismo. La personalidad de los sujetos neuróticos tiene rasgos significativos, siendo uno de ellos el poseer la hiperactivación neurofuncional, es decir, un elevado nivel de arousal. Significando por tanto que padecen trastornos de la afectividad y del mundo instintivo.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Trastorno de la personalidad histriónica</li> <li>– Trastorno obsesivo-compulsivo</li> <li>– Trastorno de estrés postraumático</li> <li>– Trastorno disocial</li> <li>– Trastorno emocional</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Trastorno antisocial de la conducta</li> </ul> <p>Este tipo de sujetos tienen total ausencia de remordimiento y sentimiento de culpa, falta de empatía o de capacidad de ponerse en el lugar de los demás y apreciar los sentimientos de estos, por lo que padecen un déficit muy relevante de afectividad que le incapacita para sentir de modo profundo y sincero las emociones humanas (127). En las relaciones interpersonales se caracterizan por ser elocuentes, manipuladores, carecen de sentimientos; en la dimensión afectiva sus emociones son poco profundas, incapaces de establecer lazos afectivos duraderos, incapaces de empatizar. Son impulsivos, buscadores de sensaciones novedosas y tienden a violar las normas sociales, prevalecen ello la mentira, el engaño, etc. Son personas con una insensibilidad emocional, y con una gran capacidad de manipular a los demás. Muchos de estos criterios forman la discreción clínica más importante de la psicopatía de Cleckley y de Robert Hare, componiendo los ítems de la PCL-R de Robert Hare (128). Si bien es cierto, muchos de estos ítems también forman parte de la PCL: SV (129).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Trastorno narcisista de la personalidad</li> </ul>
<p>La Hipotimia supone una disminución anormal del tono afectivo (esquizofrenia, psicopatía) (Diccionario médico).</p>	
<p>Atimia. Alteración de la afectividad que se caracteriza por la indiferencia afectiva, el desinterés y la inactividad. Es frecuente en la esquizofrenia y en la depresión (Diccionario médico).</p>	

(125) CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C. 1997. *Psiquiatría y Derecho*, ob. cit., pp. 624 y ss.

(126) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 613.

(127) *Ibidem*, p. 629.

(128) La PCL-R es una herramienta de valoración de riesgo para los sujetos con atributos relacionados con el rasgo de la indiferencia afectiva.

(129) También es una herramienta de valoración del riesgo para los sujetos con trastornos de la conducta antisocial o psicopáticos. Está formado por 12 ítems, en caso de realizarse esta herramienta y que salgan una puntuación alta es necesario realizar la PCL-R. Algunos de los ítems de la PCL:SV son: el sujeto es superficial, tiene un sentido desmesurado de autovalía, participan en mentiras y engaños, hay ausencia de

Por regla general, los trastornos de la personalidad afectan a la cognición, es decir, a la forma de percibir e interpretar uno mismo, a los demás y a los acontecimientos, en este tipo de trastorno la afectividad es importante, ya que debemos tener en cuenta la intensidad y la adecuada respuesta emocional (130).

Podemos determinar que la afectividad tiene una psicopatología, consistente en que las reacciones anormales de la afectividad se producen cuando una persona reacciona ante un acontecimiento con una intensidad inadecuada. Esa intensidad puede ser hipertimia, hipertimia placentera. Respecto de la primera el aumento de la afectividad hacia el polo del placer o del displacer. Respecto de la segunda supone exaltación afectiva, más alegre de lo normal (manía y la hipomanía). En esta última puede darse un malestar afectivo intenso, causado por una tristeza patológica, angustia o cólera.

## V. CONCLUSIONES

1. Podemos afirmar que la indiferencia afectiva va a dar lugar a unos atributos en el sujeto que ha cometido la conducta delictiva:

- a) Es un sujeto egoísta por perder el interés en el propio yo
- b) También se puede indicar que es un sujeto altruista al que no le importa los intereses de aquellos que le rodean. Pudiéndose manifestar con una indiferencia afectiva pasiva en el que el sujeto no reacciona, pero también con una indiferencia afectiva activa en la que el sujeto busca el dolor de su víctima.
- c) Los sujetos pueden manifestar una indiferencia afectiva crónica al irse incorporando como rasgo de la personalidad, o puede ser aguda manifestándose de una forma transitoria (pudiéndose por un factor social o por un trastorno de la personalidad, entre otros). El

---

remordimiento por los actos que lleva a cabo, falta de empatía, no acepta la responsabilidad de sus propias acciones, el sujeto es impulsivo, tiene pobre control de la conducta, tiene falta de metas realistas, es irresponsable, en la adolescencia ha tenido conductas antisociales, y conductas antisociales en la edad adulta. HARE, R., *Manual de escala de evaluación de la psicopatía de Hare: versión de cribado*, ob. cit. p. 39.

(130) Se debe recordar que los trastornos de la personalidad son diferentes a las transformaciones de la personalidad por el momento y en el modo de aparición, persisten en la madurez. Los *trastornos de la personalidad* no son secundarios a otros trastornos mentales o lesiones cerebrales. La *transformación de la personalidad* es adquirida, normalmente, durante la vida adulta, como consecuencia de situaciones estresantes graves o prolongadas, de privaciones ambientales extremas, de trastornos psiquiátricos graves o de lesiones o enfermedades cerebrales.

trastorno general de la personalidad se puede manifestar no sólo en el ámbito de la cognición, es decir la manera de percibirse e interpretarse a uno mismo, a otras personas y a los acontecimientos, sino también en el ámbito de la afectividad, es decir, en la amplitud e intensidad de la respuesta emocional.

2. La indiferencia afectiva permite que el sujeto que va a llevar a cabo una conducta delictiva tome la decisión de ejecutarla sin tener en cuenta el sufrimiento de la víctima o la situación de vulnerabilidad en la que se encuentre la víctima, permitiendo, en este sentido, una mejor ejecución de sus actos. La decisión que se plantea realizar tendrá en cuenta los posibles imprevistos que se le presenten en la conducta delictiva y salir indemne sin complicaciones.

3. Existe una frialdad afectiva como paso para el acto delictivo, por tratarse de un rasgo nocivo se caracteriza porque los sujetos con indiferencia afectiva no les importa en absoluto la víctima. La indiferencia afectiva junto con los rasgos de egocentrismo, labilidad afectiva y agresividad nos dirán el nivel entre la capacidad criminal y la adaptabilidad social del sujeto, determinando, por lo tanto, el estado peligroso de una persona; pudiendo tener una valoración en uno de los siguientes niveles: muy bajo, bajo, medio bajo, medio, medio alto, alto y muy alto.

## BIBLIOGRAFÍA

- AINSWORTH, M. D., «Attachment beyond infancy». *American Psychologist*, vol. 44(4), 1989, pp. 709-716.
- ANDRÉS-PUEYO, A. *Obra neurociencias*. [En línea] [Citado el: 2 de noviembre de 2018]. Proyecto PSI2009.13265 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. [http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Andr%C3%A9s-Pueyo\\_2013.pdf](http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Andr%C3%A9s-Pueyo_2013.pdf).
- ANDREWS, D. A. y BONTA, J., *The Psychology of criminal conduct*. 5.ª ed. Carleton University. Canada: Lexis Nexis, 2010.
- BARTHOLOMEW, K., «Avoidance of intimacy: An attachment perspective». *Journal of Social and Personal Relationships*, 7, 1990, pp. 147-178.
- BATSON, D., «Altruism and prosocial behavior», en Gilbert, D. T. Fiske, S., y Lindzey, G. *The Handbook of social psychology*. Nueva York: McGraw-Hill, 1998, pp. 282-316.
- BETTA, J. C., *Manual de Psiquiatría*. 6.ª ed. Buenos Aires: Albatros, 1976.
- BLEULER, E., *Dementia Praecox or the Group of Schizophrenias*. New York: International Universities Press, 1950.

- BOWLBY, J., *El vínculo afectivo*. Buenos Aires: Paidós, 1969.
- «El apego». Tomo 1 de la trilogía *El apego y la pérdida*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BYRNE, D. y BARON, R. 2005. *Psicología social*. [trad.] José V. Pestana y otros. 10.º Madrid: Pearson, Prentice Hall, 2005.
- CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J. C., *Psiquiatría y Derecho*. Madrid: Cauce, 1997.
- CIE-10, *Clasificación de los Trastornos mentales y del comportamiento*. Madrid: Médica Panamericana, 1994.
- CIRILLO, S. y otros, *El padre y la Teoría del Apego*. Cap. 7. «La familia del toxicodependiente», Barcelona: Paidós, 1999.
- CLECKELY, H., *The mask of sanity*. 5.ª ed. Augusta, Georgia: Emily S. Cleckley, 1988.
- CODERCH, J., *Psiquiatría dinámica*. 5.ª ed. Barcelona: Herder, 1991.
- CRESPO, J. M., *Psicopatología de la afectividad*. Madrid: Elsevier España, 2015.
- DE LA TORRE, J., *Neurociencia, neuroética y bioética*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2014.
- DEWEY, J., *Teoría de la vida moral*. México: Herrero Hermanos, 1965.
- DICCIONARIO MÉDICO. [En línea] [Citado el: 2 de noviembre de 2018]. <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/atimia>.
- DONNOLI, V. F., y otros. «Aplanamiento afectivo en la esquizofrenia: estudio cualitativo». *Alcmeon. Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, año 16, vol. 14, n.º 2, 2007, pp. 26-36.
- DORON, R. y PAROT, F., *Diccionario Akar de Psicología*. Madrid: Fernández Ciudad, 2004.
- DSM-V. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos*. London, England: American Psychiatric Publishing, 2013.
- EYSENCK, H. J., *Fundamentos biológicos de la personalidad*. Barcelona: Fontanella, 1982.
- FREUD, S., «Prefazione alla terza edizione» (1914), a «Tre saggi sulla teoria sessuale» (1905), *Opere*. Turín: Boringhieri, 1970, vol. IV (Prólogo a la tercera edición –1914– en Tres ensayos de teoría sexual –1905–, *Obras completas*, vol. VII, Buenos Aires: Amorrortu, 1976).
- GALIMBERTI, U., *Diccionario de Psicología*. México: Siglo Veintiuno Editores, 2002.
- GANONG, W., *Manual de fisiología médica*. 7.º México: El Manual Moderno, 1980.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GARÓFALO, R., *Criminología, estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*. Turin: Bocca, 1885.
- *La criminología*. Madrid: La España moderna, 1890.
- GLEN, A. L. & RAINE, A., «Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour». *Nature Reviews Neuroscience*, 15 (1), pp. 54-63.
- GLUECK, S. y GLUECK, E., *Unraveling Juvenile delinquency*. Cambridge: Harvard University Press, 1950.
- GRAY, J., «Brain systems that mediate both emotion and cognition». *Journal Cognition and Emotion*, vol. 4, issue 3, 1990, pp. 269-288.



- HARE, R. *Manual de escala de evaluación de la psicopatía de Hare: versión de cribado*. 1991.
- HARE, R. y BABIAK, P., *Snakes in suits. When psychopaths go to work*. United States: Harper Collins, 2006.
- HIKAL, W. *Criminología del desarrollo: el estudio de la personalidad antisocial desde la perspectiva psicoanalítica y conductual (sistema atizando el conocimiento criminológico y psicológico)*, 2006.
- HIRSCHI, T., *Causes of Delinquency*. Berkely: University of California Press, 1969.
- <https://lamenteesmaravillosa.com/la-inhibicion-afe>. La mente es maravillosa. *La mente es maravillosa*. [En línea] [Citado el: 1 de noviembre de 2018.] <https://lamenteesmaravillosa.com/la-inhibicion-afectiva-consecuencias/>.
- JACOBS, D., *Analyzing criminal minds. Forensic investigative science for the 21st Century*. California: Praeger, 2011.
- KAGAN, J., Reznick, S. y Snidman, N., «Biological bases of childhood shyness». *Science*, Apr 8, 240(4849), 1988, pp. 167-171.
- KAHN, E., *Psychopathic personalities*. New Haven: Yale University Press, 1931.
- KANT, I., *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires: Losada, 1788/1961.
- KRAEPELIN, E., *Psychiatrie. Ein Lehrbuch für Studierende und Ärzte*. 6.<sup>a</sup> ed. Leipzig: J. A. Barth, 1899.
- LINDEN, R. y FILLMORE, C., «A comparative Study of Delinquency involvement». *Canadian Review of Sociology*, vol. 18, issue 3, 1981, pp. 343-361.
- LINDEN, R. y HACKLER, J., «Affective Ties and delinquency». *Pacific Sociological Review*, January, vol. 16, n.º 1, 1973, pp. 27-46.
- LÓPEZ, F. y otros, *Desarrollo afectivo y social*. Madrid: Pirámide, 1999.
- LÓPEZ MELERO, M., «Criminología Clínica», temas 5 al 9, asignatura Criminología Clínica. Material didáctico, Universidad Internacional de La Rioja, 2016.
- LOS SANTOS, S., «¿Qué es el desorden por déficit de atención?», Espacio Logopédico. Com. [http://espaciologopedico.com/articulos2.php?Id\\_articulo=279](http://espaciologopedico.com/articulos2.php?Id_articulo=279). [En línea] [Citado el: 27 de octubre de 2018].
- MADEN, A., «Dangerous and severe personality disorder: antecedents and origins». *The British Journal of Psychiatry*, vol. 190, issue S49 (Assessment, risk and outcome in severe personality disorder), 2007, pp. 8-11.
- MOORE, A. y JEFFERSON, J. W., *Manual de Psiquiatría Médica*. Madrid: Elsevier, 2005.
- *Manual de Psiquiatría Médica*. 2.º Madrid: Elsevier, 2005.
- MOYA-ALBIOL, L., *Neurocriminología. Psicobiología de la violencia*. Madrid: Pirámide, 2015.
- NOVELLA, E. J. y HUERTAS, R. NOVELLA, E. J. y HUERTAS, R., «El Síndrome de Kraepelin-Bleuler-Schneider y la Conciencia Moderna: una aproximación a la historia de la Esquizofrenia». *Clínica y Salud*, vol. 21, n.º 3, 2010, pp. 205-219 [En línea]. [Citado el: 20 de octubre de 2018]. <http://scielo.isciii>.
- OLIVARES, J. M., «Afectividad y estado de ánimo: tristeza, apatía, anhedonia». In Luque, R., Villagrán, J. M. (Eds.). *Tratado de psicopatología*. Madrid: Triacastela, 2000.

- OLWEUS, D., «Familial and temperamental determinants of aggressive behavior in adolescent boys: a causal analysis». *Developmental Psychology*, vol. 16(6), 1980, pp. 644-660.
- PINATEL, J., *Criminologie*. París: Lausanne, 1956.
- *Tratado de derecho penal y criminología*. Caracas: Universidad central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974. Vol. III.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Criminología clínica*. 5.º ed. México: Porrúa, 2012.
- SALDAÑA, Q., *Capacidad criminal de las personas sociales. Doctrina y Legislación*. Madrid: Reus, 1927.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, J., *La construcción de un perfil radical yihadista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- *Manual de clínica criminológica*. Madrid: Tecnos, 2012.
- SCHARFETTER, E., *Introducción a la psicopatología General*. Madrid: Morata, 1988.
- STANKIEWICZ, A., *Jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, vol. XLV, 2005, pp. 35-53.
- STERN, D., *El mundo interpersonal del infante: una perspectiva desde el psicoanálisis y la psicología evolutiva*. Buenos Aires: Paidós, 1985.
- TABOADA, I., *Semiología Neuropsiquiátrica*. Caracas: Eykon Artes Gráficas, 1990.
- TN Relaciones. [En línea] [Citado el: 27 de octubre de 2018]. [http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas\\_y\\_respuestas/content/255/3221/es/afectividad.html](http://www.tnrelaciones.com/cm/preguntas_y_respuestas/content/255/3221/es/afectividad.html).
- TRAUE, H., DEIGHTON, R. y RITSCHI, P., «Emotional inhibition and disease». *Bioenergetic Analysis*, n.º 15, 2005, pp. 55-88.
- *Tres teorías del desarrollo del juicio moral: Kohlberg, Rest, Kind. Implicaciones para la formación moral*. Zerpa, Carlos E., 25, 2007, *Revista de Educación*, pp 137-157.
- VALLEJO RUILOBA, J., *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*. 4.ª d. Barcelona: Masson, 1999.



# ¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable

PUERTO SOLAR CALVO  
Jurista de Instituciones Penitenciarias  
Doctora en Derecho

## RESUMEN

*La voluntariedad del tratamiento penitenciario, a pesar de los importantes matices que tanto la norma como la práctica penitenciaria introducen, es mayoritariamente admitida por la doctrina. Sin embargo, la revisión y por tanto, la determinación de la prisión permanente dependen de que el interno condenado a ella desarrolle el tratamiento de forma satisfactoria. En las siguientes páginas desarrollamos estas dos cuestiones para alcanzar la tesis principal: ¿Tiene sentido que el ejercicio voluntario del derecho al tratamiento por parte del interno sea el parámetro de determinación de una pena? Ello teniendo en cuenta la importancia de la garantía jurídica de la determinación de la prisión permanente revisable en relación a su discutido encaje constitucional.*

*Palabras clave: Tratamiento voluntario, revisión de la prisión permanente revisable, derecho como parámetro de revisión.*

## ABSTRACT

*Treatment in prison should be not compulsory for inmates. Nevertheless, the end of the permanent custody in Spanish Penal Code depends on whether the inmate has followed his treatment. In this study we ask ourselves about the consistency of this construction. Is it logic that the end of a penal consequence depends on the optional exercise of a right? The importance of the determination of the permanent prison and its adaptation to Spanish Constitutional Law, are also in consideration.*

Key words: *Optional treatment, end of the permanent custody, exercise of a right as criteria.*

SUMARIO: 1. La necesaria voluntariedad del tratamiento en prisión.–2. Libertad condicional y revisión de la prisión permanente revisable.–3. La determinación de la pena.–4. ¿Es la prisión permanente revisable una pena determinada?–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

## 1. LA NECESARIA VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO EN PRISIÓN

Los arts. 71 LOGP y 73 RP establecen como principio rector de la actividad penitenciaria, el sometimiento del régimen al tratamiento –«el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento»–, de manera que «las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas» (art. 71.1 LOGP). Sin embargo, la unión de ambos conceptos, régimen y tratamiento, y específicamente, el sometimiento del primero al segundo, tiene consecuencias ciertamente contradictorias y no deseables para lo que constituye el fin de la actividad penitenciaria –hacer de los internos ciudadanos responsables y autónomos capaces de vivir dentro de la legalidad–. De un lado, el concepto de tratamiento se difumina en el de régimen hasta el punto de considerar que casi cualquier actividad relacionada con lo penitenciario puede considerarse como tratamiento. Esto es, el mero cumplimiento de la normativa regimental se interpreta como evolución tratamental. De otro, al concepto de régimen se le asocian tintes terapéuticos que nada tienen que ver con su realidad y que acaban haciendo del régimen algo bueno y del tratamiento algo cuasi-obligatorio. Por mucho que unamos ambos conceptos, estos no dejan de ser distintos: el primero de carácter eminentemente normativo y de cumplimiento obligatorio para los internos (1), el segundo de naturaleza terapéutica, necesariamente

---

(1) El art. 4.1b) LOGP establece como deber de los internos: «Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquellas, y de conformidad con lo establecido en el art. 44». De manera similar el art. 5.2b) RP determina el deber de: «Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus funciones».

voluntario. Sin embargo, partiendo de esta unión conceptual, el RP trata de forzar la participación del interno en la parte más tratamental de la ejecución de la condena. Si el cumplimiento de la normativa regimental es obligatorio, si el régimen en sí es terapéutico, tratamental y por ende, bueno para el interno, qué nos impide extender esa obligatoriedad al tratamiento si ambos conceptos están unidos (2). Como advierten Tamarit Sumalla y García Albero, con ello se hace evidente una de «las graves contradicciones internas de nuestra legislación penitenciaria, al convertir en columna vertebral del sistema de cumplimiento y en fin del régimen penitenciario un elemento del que el interno puede disponer» (3).

Es la norma la que da muestra de esta contradicción cuando aborda el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario. A pesar de la claridad con que se expresa el art. 112.3 RP sobre el mismo, al reconocer 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» (4), el art. 5.2g) RP establece justamente lo contrario, catalogando como deber de los internos el de «participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad». Más significativos aún, el art. 26 LOGP que dispone que «el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento», y el art. 132 RP que define el trabajo productivo en los siguientes términos: «(...) es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando resulte de la formulación de un programa individualizado, y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para el acceso al mercado laboral

---

(2) Como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario I», en Berdugo Gómez de la Torre, I., Zúñiga Rodríguez, L. (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, L., 2001, p. 318, «lo cierto es que los límites del fin de resocialización y de la centralidad del tratamiento se observan precisamente en este tema, en la difícil salida a la disyuntiva régimen (disciplina) *versus* tratamiento (voluntariedad)».

(3) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 47.

(4) En el mismo sentido y específicamente para los programas de tratamiento especializados, el art. 116.4 RP *in fine* determina que: «El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros Penitenciarios». Por su parte, el art. 117.5 RP para las medidas regimentales, establece que: «la participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión».

cuando alcancen la libertad» (5). En la misma línea, los arts. 4.2 LOGP –dentro del catálogo de deberes de los internos– y 61 LOGP, inducen a la confusión al establecer que se fomentará la participación de los internos en el tratamiento y que éste «colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos» (6).

Lo anterior hasta el punto de que algunos autores sustentan la configuración de dicha participación como deber del condenado (7). No obstante, a pesar de la confusión que la norma genera, en la práctica, por la propia necesidad de concurrencia de la voluntad del interno para el éxito del tratamiento, no cabe su desarrollo sin la misma (8).

---

(5) En concreto para el trabajo, pero extrapolable al resto de elementos del tratamiento, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 259, advierte que: «Su consideración de obligación específica frente a la genérica de los ciudadanos libres no casa demasiado bien con la finalidad resocializadora que exige la libre aceptación, ya que en su calidad de parte del tratamiento se dirige a cubrir las carencias laborales y a favorecer la integración social». De ahí que la autora entienda que «como deber sin embargo, se dice que no es estricto ya que al formar parte del tratamiento, ha de ser voluntario».

(6) Para MAPPELI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 267, una incorrecta redacción del art. 4.2 de la Ley permite entender que las técnicas de tratamiento «no son las que dan contenido al tratamiento, sino las que deben emplearse para fomentar la participación del interno. De ser así la libre aceptación del tratamiento queda completamente neutralizada ya que entonces son las técnicas las que motivarán la colaboración y no la voluntad del penado». Para el art. 61 LOGP, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 259, advierten que se trata de una norma desgraciada tanto en su redacción como en su contenido, surgida como consecuencia de una enmienda que pretendía evitar el carácter de norma imperativa hacia el interno que tenía el Anteproyecto, pero sin que consiguiera la consagración legal de la idea de voluntariedad. Como sugiere MANZANARES SAMANIEGO, L., en Cobo del Rosal, M., (Dir.) y Bajo Fernández, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 938-939, «la misma forma utilizada encierra unas connotaciones coercitivas que sólo pueden –y deben– eliminarse mediante una interpretación conjunta de todos los preceptos legales relativos al tratamiento».

(7) Para ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», *EPyC*, n. 2, 1978, pp. 30-31; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 295-296, se trata de un deber jurídico sin sanción a diferencia de lo que sucede con el régimen donde habrá lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias. En cambio, para BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *REP*, n. 220-223, 1978, pp. 115-116 y *REP*, 2006, pp. 24-25, se trata de un deber con consecuencias jurídicas, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios con la consecuencia de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial.

(8) De la misma opinión, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006, p. 254. Profundiza al respecto, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005, pp. 168-169; ANDRÉS

De ahí que la Administración sólo pueda, de acuerdo con el art. 112.1 RP, estimular «la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento» (9) y que la no participación no pueda tener consecuencias negativas, tal y como señala el apartado 3 del art. 112 RP y desarrolla el art. 112.4 RP para el momento de la revisión de grado. Conforme a este último, «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».

Según este planteamiento dominante en la doctrina, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, pues lo contrario convertiría la pretensión de cualquier logro terapéutico en inútil (10). Y

---

LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 154-163. Para el trabajo en concreto, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 300-301, justifican la necesaria voluntariedad del mismo bajo los principios de normalización social, reparación del daño y resocialización que los autores desarrollan.

(9) El art. 55 RP va más allá y regula que la Administración fomentará la participación de los internos en la propia organización de las actividades a realizar. De acuerdo con el mismo: «1. Los internos participarán en la organización del horario de las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. 2. También se procurará la participación de los internos en el desenvolvimiento de los servicios alimentarios y de confección de racionados, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de lo que se establezca en las normas de desarrollo de este Reglamento. 3. El Consejo de Dirección, mediante resolución motivada, podrá ampliar la participación de los internos en otras áreas regimentales diferentes de las mencionadas en el apartado 1 de este artículo. 4. La participación de los internos en estas actividades en los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto y de régimen ordinario y en los de preventivos, se efectuará a través de Comisiones ajustándose a las normas que desarrollan los siguientes artículos». Principio que el art. 79 RP repite para el régimen ordinario y que ha dado lugar a los llamados Módulos de Respeto regulado en la Instrucción 18/2011, SG.II.PP., sobre Niveles de intervención en módulos de respeto. Esto es, módulos en los que se alcanza un alto nivel de autogestión regimental.

(10) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 501. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *CPC*, n. 7, 1979, p. 102, para quien el deber de someterse a tratamiento implicaría «una especie de manipulación de las personas, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores». Igualmente, GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 105; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP*, t. 32, n. 3, 1979, p. 683;



todo ello, como decimos, sin que el rechazo del tratamiento surta consecuencias para el interno, tanto desde el punto de vista de una progresión de grado, como en relación al acceso a la dinámica de permisos o a cualesquiera beneficios penitenciarios (11). Como fundamentos para esta postura, Mapelli Caffarena aporta que:

«Al tratado, al privarle de beneficios, no se le puede castigar más que al que no está necesitado de tratamiento. En segundo lugar, la ejecución de la pena del que no necesita tratamiento también está afectada por la resocialización de modo que no puede convertirse en una mera retención. En tercer lugar, porque la sentencia judicial entendida como sanción abarca tanto a los reclusos que rechazan el tratamiento como a aquellos que lo aceptan. Y, en cuarto lugar, porque el fomento del consentimiento no dejaría de ser una falacia encargada de encubrir el tratamiento impuesto» (12).

De hecho, recientemente, los propios Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en relación con la medida de seguridad de libertad vigilada, pero extendiendo la voluntariedad del tratamiento al propio tratamiento penitenciario, defienden que la «negativa del condenado a someterse a programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares o a continuar el que inicialmente consintió, no puede dar lugar al quebrantamiento de la libertad vigilada. Sin perjuicio de que si ello fuese revelador de una mayor peligrosidad se pudiera modificar, agravándolas, las medidas del artículo 106 del Código Penal». Como motivación para ello, aportan que «tanto por razones

---

RODRÍGUEZ ALONSO, A., RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones de Derecho penitenciario*, 4.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2011, pp. 255-256; y TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 260, para quienes «basta con acudir a la naturaleza de derecho que tiene el principio de resocialización reconocido en el art. 25.2 CE, entendido como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.11 CE), que convierte en inconstitucional la posibilidad de un tratamiento coactivo».

(11) El art. 106.4 RP lo recuerda para el momento en que se produce la revisión de grado: «Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos». JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 152, refiere que la norma debiera de precisar también dicha voluntariedad para los beneficios penitenciarios. Igualmente, GALLEGU DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 114.

(12) MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 268, coincidente con RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 246; FERNÁNDEZ GARCÍA., J., en Berdugo Gómez de la Torre, I. y Zúñiga Rodríguez, L., 2001, p. 379, especialmente en el hecho de que la ejecución de la pena al margen del posible inicio de la trayectoria de reinserción quedaría convertida en pura retención con olvido de la exigencia de la orientación de la pena a la reeducación y reinserción.

prácticas, pues someter a tratamiento de manera forzada a un sujeto no sólo no tiene ninguna efectividad respecto del mismo sino que incluso puede ser contraproducente para los que acuden al tratamiento de forma voluntaria, cuanto porque los principios del derecho penitenciario deben iluminar también la libertad vigilada y es un principio básico del derecho penitenciario, artículo 61 de la LOGP y 112 del R.P., que el tratamiento es voluntario» (13).

Sin embargo, la realidad es otra bien distinta. Habitualmente, la no participación del interno en su tratamiento supondrá la falta de acceso a mayores cotas de libertad (14). En el mejor de los casos, los Equipos Técnicos no contarán con información suficiente para fundamentar el mismo. En el peor, la negativa del interno a participar en el tratamiento propuesto será entendida como negativa al cambio. Como señala Racionero Carmona, en la práctica de las Juntas de Tratamiento no es infrecuente la invocación de la variable de «no participa en actividades de tratamiento», como desvalor de cara al inicio de la trayectoria de reinserción (15).

De este modo, la dinámica general de cumplimiento abona el poso normativo introducido por los arts. 5.2g) y 132 RP y la propia unión entre evolución tratamental y acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional sirve más para promover la participación activa del interno en el tratamiento e, indirectamente, el respeto de la normativa regimental, que el verdadero cambio del mismo en cuanto a responsabilidad y autonomía personal. Cervelló Donderis resume la situación en los siguientes términos:

«Su rechazo no puede provocar la imposición de sanciones, ni la regresión de grado, ni el uso de medios coercitivos, sin embargo el hecho de que su aceptación y colaboración activa sí tenga efectos positivos como el acceso a los beneficios penitenciarios, puede hacer pensar que no es tan voluntario como la propia legislación expresa» (16).

---

(13) *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2017*, punto 12.

(14) Así lo destacan, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, pp. 254-255; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario I», en Berdugo Gómez de la Torre, I, Rodríguez Zúñiga, L., 2001, p. 318; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 259 y 263-264, quienes refieren que la práctica en realidad es otra por la vinculación que la norma penitenciaria establece entre régimen y tratamiento, de manera que éste acaba incidiendo decididamente sobre el primero. De la misma opinión, GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 105, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 242.

(15) RÍOS MARTÍN, J., en Bueno Arús, F. (Coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, 2.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2005, pp. 488-489; RACIONERO CARMONA, F., 1999, p. 246.

(16) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 242.

Aspecto por el que Gallego Díaz habla de las «coacciones indirectas» que pueden suponer la pérdida o el disfrute por parte del interno de determinadas ventajas o beneficios si se deciden a optar por rechazar el tratamiento (17).

Así, paradójicamente y en contra de sus expectativas, el sistema favorece que la adaptación normativa del interno y su participación en el tratamiento sean «metas transitorias de alta rentabilidad» (18) en detrimento de su auténtico cambio. El tratamiento queda reducido a mero instrumento a través del que acceder lo antes posible a la dinámica de permisos y el tercer grado. Como advierte Lacal Cuenca:

«Con este proceder hacemos saber a los internos que si quieren obtener algún beneficio, evitando el castigo que obtendrían en caso contrario, deben aceptar y cumplir con su tratamiento. Estamos forzando conductas sin ocuparnos de las emociones negativas, por la obligación de la que derivan, que a través de nuestra actuación generamos (...) En definitiva, no estamos cambiando actitudes. Estamos creando un sistema de recompensas (...) Las cosas que hacemos las hacemos no por lo que representan de mejora personal sino por lo que conllevan de beneficio a más o menos plazo, luego lo que hago lo hago por lo que obtengo circunstancialmente y no por lo que de mejora personal supone» (19).

Por esta vía, desde un punto de vista práctico y utilitario, se acaba premiando al interno más «prisionizado», al que asume la cultura carcelaria (20). Esto es, tendrán más éxito, en cuanto al acceso a mayores cotas de libertad, aquellos que mejor participen en la dinámica de cumplimiento que se les impone pero no necesaria-

---

(17) GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 105. Por ello, MANZANARES SAMANIEGO, L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 46, sostiene que: «los únicos beneficios penitenciarios compatibles con un sistema de individualización científica que respete de veras la voluntariedad del tratamiento serían aquellos en los que no jugaran papel alguno las actividades de reeducación y reinserción social en sentido estricto».

(18) ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 255. RODRÍGUEZ ALONSO, A., RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011, p. 260, refieren cómo la mayoría de los internos ni aceptan voluntariamente el tratamiento ni lo rechazan abiertamente; simplemente pasan de él, entendiéndolo, desde un punto de vista utilitarista, como acatamiento y sumisión a las normas regimentales, esperando alcanzar todas las ventajas posibles en lo referente a la progresión en grado, los permisos de salida, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios.

(19) LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad penal y personal. La incidencia de la LO 1/2015 en el trabajo penitenciario», *Diario La Ley*, n. 8591, Sección Doctrina, 27.07.15, p. 10.

(20) GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 112.

mente quienes hayan experimentado los cambios tratamentales necesarios (21). Con todo ello, se conforma una especie de teatro bien articulado en el que, aparentemente, los números y las dinámicas funcionan, pero donde nada es tan sencillo ni tan bueno como a priori aparenta.

Para Manzanares Samaniego, sólo una desvinculación absoluta entre beneficios penitenciarios y actividades de reinserción o tratamiento permite la voluntariedad de éste y rompe la dinámica que exponemos (22). Siendo esto cierto, consideramos sin embargo que la solución es posible sin romper con la estructura que dibuja el sistema. Como advierte García Arán, se trata de escoger entre «entender los beneficios en coherencia con la declaración del art. 25.2 CE (...), o calificarlos como medidas realistas adoptadas por simples razones de utilidad práctica para el mejor funcionamiento del aparato penitenciario» (23). Y es que, al mismo tiempo, se produce una rebaja de las exigencias y expectativas tratamentales junto a la utilización de la libertad condicional y los beneficios penitenciarios como elementos pacificadores y de gobernabilidad en el interior de los centros penitenciarios. Y todo ello, con consecuencias altamente relevantes tanto desde el punto de vista de la recuperación social de los condenados, como considerando sus derechos.

En primer lugar, desde el punto de vista terapéutico, el sistema de recompensas en que se educa a los internos no funciona en el exterior de los centros y dificulta enormemente su adaptación posterior una vez acceden al mundo real. El medio social normalizado es más complejo y pocas veces contempla dinámicas de comportamiento tan simplistas. «Las mejoras personales se llevan a cabo por lo que significan para el individuo» (24) y no por el beneficio que a corto o medio plazo esperamos obtener. A su vez, esta sutil obligatoriedad que se impone sobre los internos conlleva una infantilización de los mismos, atenta

---

(21) DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario», *CPC*, n. 120, 2016, p. 276.

(22) MANZANARES SAMANIEGO, L., 1984, p. 46.

(23) GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, n. 1, pp. 110-112 y 119.

(24) LACAL CUENCA, P., en LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2015, p. 10, refiere que: «El beneficio va per se. Está incluido en la mejora». Sin embargo, el autor destaca el sinsentido que se instaura con la siguiente reflexión: «Como ejemplo significativo, ¿alguien entendería que un joven que estudia una carrera exigiese que el estado, la sociedad en su conjunto que es quien le ha pagado en gran parte dichos estudios estuviese obligado a darle un trabajo a su finalización?» Como refiere el autor: «El beneficio va per se. Está incluido en la mejora».

contra las bases de su propia dignidad (25) y, de nuevo, limita su desarrollo como ciudadanos autónomos y responsables de sus actos. Como reconoce Mapelli Caffarena:

«Esta identificación (entre régimen y tratamiento) que después vuelve a corroborarse a través de algunos preceptos de la legislación introduce un factor de excesiva subjetivización en el marco de la ejecución. La ley debe evitar y no potenciar que el interno se someta a éste con el fin de no perder una serie de beneficios penitenciarios ya que como se ha demostrado con abundante referencia empírica cuando el penado sólo se ve impulsado a colaborar con el fin de mejorar su condición penitenciaria la labor resocializadora generalmente termina fracasando» (26).

El mismo autor, en un trabajo posterior, señala que «el sistema tiene el grave inconveniente de que el interno procura simular una progresión para alcanzar un status penitenciario más beneficioso», tildando el resultado de «fraude terapéutico que termina convirtiéndose en un obstáculo para la propia labor de tratamiento» (27).

En segundo lugar, si el régimen se subordina al tratamiento, si su mero cumplimiento puede incluso considerarse tratamiento en sí, la conclusión es que el régimen como tal es algo bueno para el interno, con alto nivel terapéutico y escaso rigor normativo. Esta premisa absolutamente idealizada de lo que conlleva la estancia en prisión (28), resulta en la imposición de cierto *buenismo penitenciario* según el cual lo que la institución demanda al interno es por definición bueno para él. Ello tanto en el aspecto más tratamental, justificando la obligatoriedad que venimos analizando, como en el más regimental, pro-

(25) Ello en contra del art. 23 de la Instrucción 2/2011, SG.II.PP., sobre el Código Deontológico, ob. cit., que impone el respeto a la dignidad en los siguientes términos: «El personal penitenciario evitará el uso de formas o métodos de cumplimiento de la función pública que atenten contra la dignidad o la propia estima de las personas sometidas a sanciones o medidas penales, absteniéndose en especial de emplear términos o gestos devaluadores, discriminatorios o denigrantes».

(26) MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *Eguzkilo*, n. extra 2, ejemplar dedicado a las II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, Octubre 1989, p. 100.

(27) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra, 2011, p. 186.

(28) Como atinadamente consideran TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 259, ello es coherente con la concepción idealista plasmada en la ley, que pone tal énfasis en el tratamiento que efectúa una ordenación del régimen penitenciario a partir de la clasificación en grados en una operación vinculada absolutamente al tratamiento.

vocando una rebaja importante de los derechos y garantías de quienes se encuentran en prisión. De acuerdo con Rivera Beiras:

«(...) es necesario destacar que la configuración de la pena (privativa de libertad) como tratamiento, ha ido provocando paulatinamente que los derechos fundamentales de los reclusos condenados se conviertan en meros «beneficios penitenciarios», que se concederán o denegarán en función de una constante evaluación de la conducta y de la personalidad de aquellos. Así, las posibilidades de disfrutar de salidas temporales o de ver anticipada incluso su libertad, se reducirán en función de aquellos criterios óptimos; eso sí, para lograr el gobierno disciplinario de la cárcel. La devaluación de los derechos fundamentales de los presos, con la consiguiente configuración de un «ciudadano de segunda categoría» se va perfilando claramente con esta tecnología punitivo-premial» (29).

Por tanto, en la práctica, se asume el modelo autoritario de rehabilitación definido por Rotman. De acuerdo con el mismo, y en contraposición a lo que el autor denomina modelo de rehabilitación antropocéntrico, enfocado al cliente y de carácter básicamente voluntario, «el modelo autoritario de rehabilitación, en realidad, no es otra cosa que una versión sutil del antiguo modelo represivo, el cual buscaba el cumplimiento de la misma a través de la intimidación y la coerción. La rehabilitación, en este contexto, es esencialmente un dispositivo técnico que está orientado a moldear al delincuente y asegurar que se adecúe a un patrón predeterminado de pensamiento y comportamiento» (30). Adaptado a nuestro contexto normativo, Cutiño Raya define el tratamiento, más que como unos medios para alcanzar la resocialización de la persona penada, «como una táctica de disciplinamiento. Si la persona acata las normas de régimen interno, si su conducta es adecuada, podrá participar en las actividades educativas, recreativas o culturales, tendrá unas condiciones de vida mejores, disfrutará de permisos. Si es una persona conflictiva, inadaptada o incorregible, sus condiciones empeorarán y sus derechos serán más restringidos» (31).

---

(29) RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, 2.<sup>a</sup> ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 19.

(30) ROTMAN, E., «Beyond punishment», DUFF, A., GARLAND, E., *A reader on punishment*, Oxford University Press, 1994, p. 292.

(31) CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *RECPC*, n. 17-11, 2015, p. 35. En términos similares, MAPELLI CAFFARENA, B., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 123, afirma: «el interés prioritario de las diferentes legislaciones penitenciarias es normalizar toda una serie de mecanismos premiales y de castigo imprescindibles para el funcionamiento de la propia prisión cuya meta, lejos de ser el futuro ciudadano, es el presente recluso». Igual-

De ahí que McNeill destaque la importancia de que en todo proceso rehabilitador la persona «debe ser tratada como un sujeto moral y como otro ciudadano más, en vez de ser considerado como un mero individuo portador de riesgo, el cual debe ser manipulado o ajustado según los intereses de los demás» (32).

## 2. LIBERTAD CONDICIONAL Y REVISIÓN DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

La prisión permanente revisable se introduce en nuestro CP mediante la reforma operada por LO 1/2015 que la incluye en el catálogo del art. 33 como pena grave, la define en el art. 35 como pena privativa de libertad y que, al margen de algunas especialidades como la del art. 140 para el delito de asesinato, establece sus plazos de cumplimiento, junto con el procedimiento para su posible revisión en los arts. 36, 78 bis y 92 (33). De los anteriores, y a efectos del presente trabajo, nos interesa en concreto el contenido de este último precepto.

---

mente, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, p. 41, al referir que: «La praxis, la ausencia de medios, la masificación carcelaria, así como el antibiológico marco legal han propiciado contrariamente al espíritu que preside la LOGP una subordinación del tratamiento al régimen, y por ello de la clasificación, cuando no, simple y llanamente, una instrumentalización del tratamiento con fines disciplinarios».

(32) MCNEILL, F., «Las consecuencias colaterales del riesgo», *InDret*, n. 1, 2017, p. 8; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017, pp. 210-211.

(33) Como refiere el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20.12.12, p. 18, lo lógico es que la reforma incluyera un bloque de preceptos en los que se definiese la nueva pena y se delimitase su contenido, circunstancias y plazos de revisión. Más bien al contrario, la regulación sobre la prisión permanente revisable comienza en el art. 36 CP con un contenido principalmente penitenciario, se remite al art. 92 CP que ahora abordamos y se completa con una serie de referencias esparcidas a lo largo de toda la norma penal, general y específica, dibujando el nuevo instituto jurídico de un modo bastante caótico. Tras enumerar los preceptos del CP que participan de esta extravagante configuración, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, 116, apunta que: «Con ello la mayor crítica que se puede hacer a la regulación de la prisión permanente revisable, más allá de su confrontación con los principios de seguridad jurídica, humanidad y reinserción social, es su total falta de sistemática

Como ha señalado numerosa doctrina, la LO 1/2015 configura la libertad condicional como medida alternativa –tiempo de suspensión de la condena– con una finalidad primordial en relación a la pena de prisión permanente revisable (34). Mediante la misma, el legislador intenta constitucionalizar la cadena perpetua haciéndola susceptible

---

que obliga a una continua búsqueda de los preceptos relacionados con la misma, y la falta de uniformidad terminológica ya que conceptos como suspensión de la ejecución, suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional son usados de manera arbitraria y confusa sin que sea fácil determinar si se trata de las mismas o diferentes figuras jurídicas». En el mismo sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Sobre la urgente necesidad de cambiar los hábitos de producción normativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2017, p. 8.

(34) DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n. 8004, Sección Doctrina, 18.1.2013; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «De lege ferenda: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, n. 8294, Sección Doctrina, 16.04.14, pp. 2-5, ofrecen un recorrido por las notas características de la reforma, destacando el durísimo régimen de cumplimiento que se establece en los supuestos de aplicación de la prisión permanente revisable. Tomando como base el texto definitivo publicado, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 109-131, expone el régimen de cumplimiento que resulta y sus deficiencias e incoherencias desde el punto de vista de la normativa constitucional, penal y penitenciaria. En las siguientes páginas abordamos el primero y último de los ámbitos destacados, sin embargo, conviene tener en cuenta que desde el punto de vista eminentemente penal, también son muchas las dudas que la prisión revisable plantea y la autora destaca (pp. 111-112). Aspectos como su naturaleza y las especialidades en cuanto a determinación, posible prescripción, aplicación o no de penas accesorias y cálculo de la condena en caso de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad o concursos de delitos, son aspectos que la norma aclara sólo parcialmente y que necesitan de interpretación. De la misma autora, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Desde una perspectiva igualmente crítica, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 93-100; CARBONELL MATEU, J. C., «Prisión permanente revisable I», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 214 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 28-31; RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 331-338; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *RDPP*, n. 41, 2016, pp. 91-138. De manera más alineada con la reforma, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 271-316; del último, «¿Es viable en nuestros ordenamientos la introducción de la pena de cadena perpetua como solución para determinados delincuentes difícilmente reinsertables?», *La Ley*, n. 68, febrero 2010, pp. 2 y ss.



de revisión (35). En este sentido, la nueva pena de prisión permanente revisable es una pena de cadena perpetua, sujeta al procedimiento de revisión del art. 92 CP (36), que, si se cumplen todos los requisitos exigidos, puede desembocar en la concesión de una forma especial de libertad condicional. De acuerdo con dicho precepto:

«1. El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.
- b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- c) Que el Tribunal, a la vista de 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, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) del apartado 1 se realizará con relación al conjunto de delitos cometidos valorado en su conjunto.

---

(35) Al menos, mientras se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 30.06.15 contra la introducción de la cadena perpetua revisable (arts. 33.2 a), 35, 36, 76.1 e), 78 bis, 92 y los preceptos de la parte especial que la contemplan como castigo: arts. 140, 485.1, 605.1, 607.1.1.º y 2.º, 607 bis, 2.1.º todos ellos del CP), por los entonces grupos parlamentarios socialista, catalán (CiU), izquierda plural (IU, ICV-EUiA, CHA), Unión Progreso y Democracia, vasco (PNV, EAJ) y mixto, estando aún pendiente de resolución. Igualmente, diversos partidos incluyeron en su programa para las elecciones del 20-D la derogación de la cadena perpetua sin que la situación política del país haya permitido avanzar en dicho sentido.

(36) Resumen su contenido, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 151-152; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 204-209; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en De León Villalba, F. J. (Dir.), López Lorca, B. (Coord.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 363-384.

El Tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. 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, será además necesario 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.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo 2.º del artículo 80.1 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.

El Juez o Tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El Tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.»

Si en general, la conversión de la libertad condicional en modalidad de suspensión de la ejecución de la condena, aleja la misma de la naturaleza que tradicionalmente ha venido teniendo nuestro sistema

de ejecución penal (37), este nuevo tipo de libertad condicional profundiza las fricciones entre la norma penal y la penitenciaria, añadiendo a ellas otras nuevas. En palabras de Cervelló Donderis:

«La prisión permanente revisable tiene un régimen de libertad condicional específico que se aparta de todos los demás supuestos por perseguir como objetivo, no la excarcelación condicionada en la última fase de la condena, sino la comprobación de los requisitos que permiten la finalización de la condena (...) parece que el legislador ha previsto en el art. 90 la libertad condicional de las penas de prisión en general, y por otro lado la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, que en realidad cumple la función de permitir la finalización de esta pena en el art. 92. Con ello se está privando a la prisión permanente revisable de la aplicación de la libertad condicional, ya que la finalidad de la revisión no es excarcelar anticipadamente, sino permitir la salida de prisión, aunque con condiciones, de una pena que de no revisarse será vitalicia» (38).

Es decir, tras la reforma, la libertad condicional en caso de la prisión permanente revisable se aleja aún más de su configuración conforme a la normativa penitenciaria. Ello en tanto deja de ser el cuarto grado de cumplimiento de la pena para actuar como instrumento que permite su finalización. En concreto para la libertad condicional que el art. 92 CP regula, estas fricciones jurídicas se manifiestan en tres aspectos formales y otro de fondo que constituye el núcleo de este trabajo.

En cuanto a las primeras, las incoherencias formales que resultan de la utilización de la libertad condicional como mecanismo de finalización de la pena de prisión permanente revisable y no como cuarto grado penitenciarios, aparecen principalmente en relación al tiempo de cumplimiento de condena requerido para su concesión (calculado

---

(37) MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los substitutivos de las penas privativas de libertad», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 368. En idéntico sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 76; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 300, donde apunta que: «extenderle características propias de la suspensión, como el plazo tasado, produce muchas contradicciones ya que no es lo mismo que se cumpla este periodo al principio de la ejecución como alternativa al ingreso, que cumplirlo al final como alternativa al mantenimiento del encarcelamiento. Como además hasta la fecha no se ha modificado la ley penitenciaria, el resultado es una gran confusión y un régimen dual no suficientemente aclarado».

(38) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 304 y 316.

sobre un porcentaje de la pena impuesta); al plazo de suspensión; y los órganos encargados de concederla o de revocarla.

En primer lugar, la letra a) del art. 92 CP escoge un requisito temporal ajeno a la duración de la condena. Lo anterior porque la combinación de libertad condicional en cualquiera de sus variables—concedida a las tres cuartas, a los dos tercios o la variante supercualificada (39)—y la cadena perpetua es imposible, dado que sobre ésta no cabe aplicar fracción alguna de cumplimiento.

En segundo lugar, de acuerdo con el apartado 3 del art. 92 CP, el plazo de suspensión en caso de revisión de la cadena perpetua tendrá siempre una duración de cinco a diez años. El periodo de libertad condicional se desliga así del tiempo restante de una condena que, al ser perpetua, no puede calcularse. A su vez, se aumenta el plazo de dependencia administrativa en comparación con el régimen general de suspensión por libertad condicional, utilizando la libertad condicional para un fin que desde un punto de vista penitenciario le es ajeno: alargar la tutela administrativa sobre el condenado.

Finalmente, como se infiere de la lectura del precepto, la concesión de la libertad condicional corresponde al Tribunal sentenciador, mientras que su revocación continúa asignándose al JVP como es habitual para la libertad condicional (40). La Instrucción 4/2015 de la SG.II.PP. llama la atención sobre este punto sin mayor precisión al respecto (41), desconociéndose si se trata de un error del legislador o

---

(39) Se trata de los tipos de libertad condicional recogidos actualmente en el art. 90.2 CP: «También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos: a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena. b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa. c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

(40) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 107.

(41) Instrucción 4/2015, SG.II.PP., SG. II. PP., sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del CP en la LO 1/2015, de 30 de marzo, p. 8.

de una medida intencionada. Fernández Arévalo y Nistal Burón advierten que «no existen precedentes de que las decisiones de concesión de beneficios de un juzgado o tribunal se revoquen por otro órgano judicial» (42). Por ello, los JJVP sostienen que ha de ser el Tribunal sentenciador el que acuerde la revocación de la suspensión de la prisión permanente revisable en todos los supuestos que la norma contempla, al ser dicho órgano quien la concede e impone los deberes y prohibiciones asociados a la misma (43).

La importancia de la decisión de revisar la condena por el cambio que implica en el régimen de cumplimiento originariamente perpetuo puede justificar que sea el Tribunal que la impuso el que finalmente decida al respecto. Sin embargo, esto se aparta del régimen general de cumplimiento sin que se encuentren motivos de peso, más allá de la propia perpetuidad de la condena, para no proceder así en el resto de los supuestos, pues ese cambio de régimen se da en todos los casos de suspensión de condena. A la vez, imponer una excesiva especialización en los asuntos a resolver, tiende a contaminar la perspectiva y los criterios que se aplican en la toma de decisión definitiva. Si por esta distribución competencial, el Tribunal sentenciador sólo se encarga de los casos de concesión de libertad condicional ligados a las condenas más graves, los criterios a aplicar se irán endureciendo por la misma gravedad de los hechos cometidos y la condena cuya suspensión se valora.

De acuerdo con Cervelló Donderis, la redacción dada a la norma es una clara muestra del carácter punitivo y no resocializador que adquieren estas figuras –tanto la libertad condicional, como el tercer grado y los permisos respecto de los que, en caso de la prisión permanente revisable, se reproduce este cambio competencial (art. 36.1 CP)– en las que la pérdida del poder de concesión por parte del JVP a favor del Tribunal sentenciador tiene un significado de mayor recorrido del que en un primer momento pudiera parecer (44). Ello porque, como acertadamente destaca González Tascón, se prescinde de la mejor disposición que tiene un órgano especializado en derecho penitenciario como el JVP para la aprobación de aquellas decisiones administrativas que pueden acercar al condenado a régimen de cumplimiento de mayor libertad (45). De modo que, la función del órgano judicial durante el cumplimiento de la pena estará más enfocada a determinar el acceso a mayores cotas de libertad en el momento en el que se con-

---

(42) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 308.

(43) *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, tercera propuesta de modificación legislativa.

(44) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 122 y 130.

(45) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 100.

sidera apropiado desde la perspectiva de la proporcionalidad penal, y menos, al control de si la A.P. ha desarrollado adecuadamente su labor tratamental y de si el interno se ha hecho merecedor de esas mayores cotas de libertad en función de su evolución personal (46).

Pasando ahora a analizar el choque normativo de fondo que provoca la transformación de la libertad condicional de cuarto grado de cumplimiento en instrumento de revisión y determinación de la pena de cadena perpetua, se manifiesta en la necesaria realización del tratamiento para que dicha pena pueda ser revisada y, por tanto determinada. Aunque la redacción del art. 92.1.c) CP no es muy afortunada –no tiene mucho sentido que en el régimen general de libertad condicional del art. 90 CP se prescindiera entre sus requisitos del pronóstico final del art. 67 LOGP, para introducirlo sin embargo luego en relación con el supuesto específico de libertad condicional previsto para la pena de prisión permanente revisable (47)–, la doctrina es unánime en considerar que «para la valoración de la concurrencia del requisito de un pronóstico de reinserción social favorable, debe tenerse en cuenta el informe de pronóstico final emitido por la Junta de Tratamiento en los términos del art. 67 LOGP» (48).

Lo anterior supone que para la revisión de la prisión permanente es necesario que el interno haya desarrollado su tratamiento, de modo que se hayan modificado «aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva» tal y como el art. 65 LOGP determina como necesario para que se pueda emitir el informe final del art. 67 LOGP en sentido favorable.

De este modo, lo que en un principio tiene sentido en el contexto de la progresión de grado o el acceso a la libertad condicional como modo de continuar el cumplimiento de la condena dependiente de la evolución que el interno ha experimentado, pierde su razón de ser como mecanismo para la determinación de la pena. Máxime si tenemos en cuenta que, como expusimos anteriormente, la realización del tratamiento ha de ser voluntaria. Pues, ¿Tiene sentido que la concurrencia práctica de una garantía jurídica de orden constitucional dependa de la voluntad de quien ha de beneficiarse de ella? A la vez, ¿No es esta configuración jurídica una forma de compeler la voluntad del interesado,

---

(46) En el mismo sentido crítico, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 120 y 211 y ss.

(47) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 165.

(48) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 304. De manera similar, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en Quintero Olivares, G., 2015, p. 99.

haciéndole realizar un tratamiento que ha de depender enteramente de su criterio personal y no de que efectivamente vaya a aplicársele una garantía jurídica de la que tendría que beneficiarse per se?

Para comprender hasta qué punto esta configuración jurídica de la libertad condicional como instrumento de determinación de la prisión permanente revisable resulta extravagante, conviene retomar uno de los principios jurídicos que la prisión permanente revisable más compromete, el de la determinación de la condena desde el punto de vista temporal.

### 3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Como expone Molina Fernández, la determinación de la pena puede abordarse desde una perspectiva amplia o desde una perspectiva estricta. En sentido amplio, «comprende todas las decisiones legales, judiciales y administrativas que condicionan la clase, la medida y las formas de ejecución de la pena que se impone al delincuente, y comprende tres fases sucesivas –la determinación legal de la pena, que es competencia del legislador y abarca la selección del tipo y medida de la pena de los delitos en la Parte especial y la fijación de las reglas de determinación atendiendo al grado de ejecución, grado de participación, circunstancias atenuantes y agravantes, y concursos; la determinación judicial, que culmina en la pena concreta impuesta al delincuente en la sentencia; y la determinación administrativa, bajo control judicial, que adquiere especial relevancia en la pena de prisión –determinación penitenciaria–, en la que intervienen el juez de vigilancia penitenciaria y la Administración penitenciaria. A ello puede añadirse una eventual fase de determinación gubernativa en el caso de que haya lugar al derecho de gracia mediante indulto parcial, que extingue una parte de la condena» (49).

Por su parte, en sentido estricto, la determinación de la pena comprende el estudio de las reglas, generales (arts. 61 a 72 CP) y especiales (arts. 73 a 79 CP), que, partiendo de la pena básica prevista en abstracto para cada delito, permiten al juez imponer la pena concreta en la sentencia. Siguiendo al mismo autor, el proceso de determinación comprende en este caso tres etapas: determinación del marco abstracto de pena previsto para el delito en la Parte Especial; determinación del marco concreto de pena, atendiendo al grado de ejecución,

---

(49) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 326.

grado de participación y circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, así como, en su caso, a los concursos de delitos; y determinación de la pena exacta por el juez atendiendo a todos los factores legalmente relevantes (50).

Por tanto, desde este punto de vista, la determinación de la pena se estructura sobre el concepto de marco de pena. El marco establece con carácter abstracto para cada delito, atendiendo a su gravedad, la pena imponible entre un límite mínimo y un límite máximo de duración. En un segundo nivel de determinación, la concurrencia de atenuantes, agravantes o la aplicación de las reglas de la Parte General relativas a grado de ejecución, participación, circunstancias, error de prohibición y concursos, la labor de determinación requiere calcular dividir la pena en dos mitades y elevar o disminuir en uno o más grados el marco penal básico previsto en la Parte Especial.

Tanto para calcular la mitad superior e inferior, como para la determinación de la pena superior e inferior en grado, se parte del art. 70.2 CP cuando refiere que

«A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.»

Sentado lo anterior, se puede decir que hasta el año 2015 todas las penas admitían el cálculo de su mitad superior e inferior y su grado superior e inferior. Sin embargo, la introducción de la prisión permanente revisable supone la inclusión en nuestro CP de una pena que queda al margen de las normas descritas. Si tenemos en cuenta la definición amplia de la determinación de la pena que antes se ha expuesto, la configuración de la cadena perpetua por el legislador y específicamente, la indeterminación de su final, deriva en su consiguiente indeterminación en la fase que hemos llamado de determinación judicial donde la prisión permanente revisable continúa teniendo un final abierto. Ello porque sin marco penal temporal previo difícilmente se puede realizar la operación aritmética necesaria para el cálculo de su pena inferior o superior en grado, ni de mitad superior o inferior alguna. Como resultado sorprendente, las atenuantes, agravantes o los grados de participación y consumación delictiva no han tenido efecto directo en la determinación legislativa de la pena de cadena perpetua, ni por lo tanto pueden tenerlo en la determinación judicial que en concreto y para caso

---

(50) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 327.



se lleve a cabo. Sea como sea el supuesto de hecho concreto que se juzgue, en caso de comisión de alguno de los delitos condenados con pena de prisión permanente revisable, la condena será la misma.

La situación descrita cambia, desde el punto de vista del legislador de 2015, en el momento de la determinación penitenciaria, pues es entonces en fase penitenciaria, donde el cambio de naturaleza de la libertad condicional permite su finalización y determinación. Esto es, de los tres tipos de determinación que hemos descrito, la prisión permanente revisable sólo admite la tercera, la de carácter administrativo–penitenciario. De hecho, según el apartado II de la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, la determinación de la prisión permanente en fase penitenciaria, el carácter revisable de la misma mediante la libertad condicional, es lo que aleja a esta pena de la cadena perpetua y la hace compatible con los fines de reinserción social que el art. 25.2 CE asigna a la ejecución de las penas privativas de libertad. En concreto:

«La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado. (...) La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión. Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido)» (51).

No obstante, desde nuestro punto de vista, concurren determinados hechos –tanto desde una perspectiva teórica como práctica– que el legislador, deliberadamente o no, ha pasado por alto, y que provocan

---

(51) Analizan dicha Jurisprudencia, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 93-95; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 288-291.

que la pena de prisión permanente revisable no sólo sea indeterminada sino también y por vía indirecta, difícilmente compatible con el mandato resocializador del art. 25.2 CE.

#### 4. ¿ES LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE UNA PENA DETERMINADA?

Son muchas las manifestaciones contrarias a la prisión permanente revisable desde el punto de vista de su incompatibilidad con diferentes preceptos de nuestra CE. En especial, los arts. 15 (52) y 25.2 CE (53).

---

(52) Como reflexiona ÁLVAREZ GARCÍA en cuanto al principio de humanidad de las penas del art. 15 CE, tan vinculado a la dignidad de la persona: «(...) más allá de lo que dispone el artículo 25.2 de la CE, más allá de necesidades inocuizadoras o ejemplarizantes, más allá de las dificultades que existen para valorar la persistencia de la peligrosidad en el sujeto, más allá de la posible colisión con instrumentos internacionales signados por España..., la cadena perpetua no es aceptable éticamente. No lo es el arrojar a un ciudadano —por grave que haya sido el crimen cometido— a una cárcel de por vida: es lo mismo que desnudarle de todos los atributos que corresponden a una persona, declararle «no persona», una perspectiva totalitaria absolutamente incompatible, por tanto, con un Estado democrático. No hay, pues, prisión permanente buena y prisión permanente mala, hay únicamente prisión permanente, cadena perpetua, y ésta implica la negación de la persona en lo que es su principal atributo: su dignidad». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, pp. 37 y 38. En el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 148-150, concluye que: «la prisión permanente revisable sigue siendo cruel e inhumana» en la misma medida en que lo es la cadena perpetua al uso. Igualmente, FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 140; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 28-45; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 24-26; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 151-152.

(53) Destacamos a PÉREZ MANZANO M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 149, donde refiere que: «La prisión permanente revisable tampoco supera las exigencias derivadas del mandato de resocialización contenido en el art. 25.2 CE, pues su regulación entra en abierta confrontación con él». En el mismo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 121-122, apunta que: «El resultado es que en la regulación de la prisión permanente revisable ha habido una clara dejación del principio constitucional de reinserción social, ante la excesiva prolongación de los plazos para la revisión, la dependencia de los pronósticos al paso de los plazos, la incertidumbre sobre la duración máxima a cumplir, y, con ello, la posibilidad de que la no superación de las revisiones de lugar a una verdadera reclusión a perpetuidad».

Sin embargo, en este trabajo, tomamos como punto de partida el desacuerdo que supone la selección de la libertad condicional como vía de revisión y determinación de la cadena perpetua, por las consecuencias que de ello y por sí solas se derivan, sin entrar a valorar específicamente si se produce una colisión frontal de su regulación con un precepto constitucional determinado. El camino escogido por el legislador para la revisión de la prisión permanente no garantiza ni mucho menos que la misma se produzca, concurriendo determinados aspectos que hacen prever más bien lo contrario. Entre ellos distinguimos uno de carácter más teórico, otros prácticos que corroboran al primero, y un último que se centra específicamente en la voluntariedad del tratamiento penitenciario que antes describimos.

En primer lugar, en cuanto al argumento de corte más teórico, la dudosa posibilidad de que la pena de prisión permanente revisable sea determinada por vía de ejecución penitenciaria, radica en que el legislador no ha puesto en manos del órgano judicial un instrumento eficaz a la finalidad de asegurar la posibilidad de excarcelación (54). La revisión de la cadena perpetua depende de un juicio pronóstico de reinserción social que, aun basándose en los factores objetivos a los que se refiere el art. 92.1 c) CP, permite una valoración amplia y eminentemente subjetiva tanto de las Juntas de Tratamiento como de los órganos de concesión y control. Valoración que si bien puede servir a los efectos de estudio de la evolución tratamental del interno durante el cumplimiento de la condena y su consiguiente clasificación en grado, no es suficientemente objetiva ni rigurosa para superar el examen de constitucionalidad que ahora abordamos y que afecta a la propia determinación de la condena (55).

El legislador se aleja con ello de la postura del TEDDHH y la doctrina alemana en la que principalmente se inspira (56). El Tribunal Constitucional alemán, a partir de su Sentencia de 21 de junio de 1977, exige para el condenado una oportunidad «concreta y funda-

---

(54) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 117-118.

(55) Sobre los errores de los estudios de peligrosidad, MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, n. 2, 2014, pp. 27 y ss. De la misma autora, «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCUARAIN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 139-162.

(56) Expone las bases de ambas, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71.

mentalmente realizable de recuperar la libertad» (57), por lo que la redacción que se discutía y permitía la suspensión únicamente mediante el ejercicio del derecho de gracia fue declarada insuficiente y llevó a su reforma. En relación con la doctrina del TEDDHH, y como muestra Landa Gorostiza, el *Caso Vinter* (Sentencia de la Gran Sala de 09.07.13) recuerda que son dos los parámetros básicos para la valoración de la legitimidad de las penas de larga duración: que exista una expectativa de puesta en libertad y que haya una posibilidad real de revisión de la pena. De manera que, de acuerdo con el autor:

«Si el horizonte legal es inexistente, difuso o indeterminado, no cabe una planificación adecuada del itinerario rehabilitador para que el recluso pueda trabajar para alcanzar dicho objetivo» (58).

En una postura igual de crítica con la regulación nacional, Cervelló Donderis, señala que:

«El transcurso de la pena perpetua está marcado por la inseguridad jurídica y la arbitrariedad al depender su duración de la valoración de aspectos subjetivos, permitiendo con ello que no afecte a todos los sujetos por igual. Contrasta en este sentido que frente a la gran discrecionalidad en su finalización, en su imposición haya un gran automatismo que no permita valorar la gravedad de los hechos delictivos, ni las circunstancias personales del autor» (59).

Por ello, en la línea de estos autores, la mayor parte de la doctrina destaca que la regulación de la prisión permanente revisable atenta contra el principio de la seguridad jurídica (60).

---

(57) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 86.

(58) LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J. M., 2016, p. 45.

(59) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 118-119.

(60) JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, 2012, p. 152; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 149; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n. 35, 2015, p. 181; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 28 y 30.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁ CER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 49-60; GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, n. 128, 2017, p. 12; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 123 y 153.

El Consejo Fiscal, trata de salvar estas críticas, otorgando a la concesión de los permisos un carácter cuasi obligatorio, dentro de la dinámica de cumplimiento de la cadena perpetua. En sus comentarios al nuevo art. 36.1 CP, refiere que:

«La regulación muestra el influjo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que ha deducido del principio constitucional de resocialización y del mandato constitucional de proporcionalidad un deber de las autoridades encargadas de la ejecución de las penas de relajar la ejecución y de garantizar los permisos de salida. (...) Esta obligación se concreta cuando el penado está próximo a cumplir los requisitos necesarios para lograr la suspensión del resto de la pena y ésta ya solo depende de una prognosis favorable. En estos casos la autoridad de ejecución no puede negar sin especial fundamento estas medidas (por ejemplo, con una ponderación abstracta del riesgo de abuso del permiso o de fuga), porque su conducta durante tales permisos será un dato relevante para fijar esa prognosis favorable» (61).

Argumentos que entendemos que decaen por la valoración, de nuevo subjetiva, que el propio Consejo Fiscal acaba asumiendo.

En segundo lugar, diferentes factores resultado de estudios empíricos y la práctica penitenciaria confirman la dificultad teórica de que la revisión de la prisión permanente se haga realidad. Como ya indicó el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la reforma, la nueva pena, a pesar de tratarse de una pena revisable, puede transformarse en perpetua si se produce un fracaso tratamental (62). Y tal fracaso, dada la ausencia de programas de tratamiento específicamente desarrollados para los internos condenados a pena permanente revisable (63), los

(61) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 ob. cit., p. 18.

(62) Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, Comisión de Estudios e Informes, diciembre 2012, p. 46. En este mismo sentido, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 148: «en primer término, porque aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua, y habrá reos para los que lo será»; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 331.

(63) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 215-216, refiere la dificultad de obtener el tercer grado una vez se está cumpliendo esta pena pues «es difícil pensar que los condenados a pena de prisión permanente revisable puedan obtener el pronóstico favorable de reinserción social que les permita acceder al tercer grado, especialmente si no se les ofrece un programa de tratamiento adecuado e individualizado». Por ello, reclama, pp. 123-124, «diseñar programas de tratamiento específicos dirigidos a facilitar la progresión a tercer grado, por ser requisito preceptivo para la finalización de la condena. Asimismo resulta necesario que sea obligatorio ofrecer estos programas por los centros penitenciarios y que se lleven a cabo por equipos especializados y estables de forma similar a lo previsto para el régimen cerrado». Igualmente, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 282-284, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 63.

tiempos de cumplimiento que se establecen y la lógica tratamental que antes hemos expuesto, se plantea como altamente probable (64).

Contribuye a lo anterior que «los criterios para la revisión de la condena, idénticos a los establecidos para la libertad condicional, suponen un absoluto fraude por cuanto que no tienen por objeto determinar la peligrosidad criminal del sujeto, sino que incluyen criterios retributivos y de alarma social que nada tienen que ver con la función constitucional de la pena (la reeducación y reinserción del delincuente –art. 25.2 CE, art. 15 CE–)» (65). Como resume Acale Sánchez «se trata de un Derecho penitenciario reactivo, no proactivo, y cuyo fin no es alcanzar la reinserción social, sino postergarla» (66).

Para valorar la solidez de este argumento, resulta especialmente interesante el análisis comparativo realizado por Serrano Gómez y Serrano Maíllo. Los autores se basan en dos estudios realizados por la Central de Observación relativos a internos con condenas de más de nueve años en el año 1991 y los años 2008-2011, respectivamente (67). Del primer estudio, los autores seleccionan a 10 internos en prisión ininterrumpida de entre 9 y 16 años. Del segundo, la selección aumenta en un interno y la horquilla temporal abarca de los nueve a los veintitrés años. A pesar de los veinte años transcurridos entre uno y otro estudio, la comparación entre ambos ofrece un resultado prácticamente idéntico que se consolida en el tiempo (68). De la muestra de

---

(64) RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 331; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 151-152. Hasta tal punto es así que ante los riesgos de perpetuidad, MAPELLI CAFARENNA, B., «Teoría de la pena», en CUELLO CONTRERAS, J., MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 269, considera que por analogía procede extender a la prisión permanente revisable el límite de 40 años del art. 76 CP.

(65) GARCÍA RIVAS, N., *La Ley Penal*, 2017, p. 14; coincidente con CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, p. 208, quienes apuntan cómo muchos de los factores que el CP selecciona se tienen en cuenta para la clasificación inicial, pero no tienen nada que ver con el pronóstico de peligrosidad del interno; y con LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J. M., 2016, pp. 56-57, quien señala que la revisión de la prisión permanente «descansa simultáneamente en criterios materiales que tanto podrían interpretarse en una lógica retributiva, preventivo-general como preventivo-especial» sin que quede suficientemente precisado que el pronóstico de reinserción social deba ser preferente.

(66) ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCUARAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, p. 168.

(67) SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 83-142.

(68) SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, pp. 126-127.

1991, sólo 2 internos habían conseguido acceder al tercer grado, cifra que se reduce a 1 en el estudio posteriormente realizado. Ello permite augurar el fracaso tratamental que los autores citados vaticinan para la pena que ahora se introduce. Significativamente, ello les lleva, a pesar de que aceptan la constitucionalidad de la prisión permanente revisable bajo los parámetros de los arts. 15.1 y 25.2 CE, a abogar por su supresión a causa de su inconveniencia desde un punto de vista político-criminal (69).

Desde otra perspectiva y teniendo en cuenta el caso específico de los permisos de salida, Cervelló Donderis llega a una conclusión semejante, señalando que:

«Aunque es positivo que la limitación sea sólo temporal, cuesta creer que puedan disfrutar de permisos de salida los condenados a la pena más grave del Código penal, cuando penados a veinte años de prisión no es muy frecuente que disfruten de permisos de salida a lo largo de toda su condena, especialmente si se trata de delitos contra las personas. Por todo ello, con pena de larga duración, delito grave y tras años de aislamiento social los permisos de salida pueden ser muy difíciles de conseguir» (70).

Se trata de una postura coincidente con García San Martín cuando advierte cómo los beneficios penitenciarios «resultarán ilusorios, especialmente cuando pretendan aplicarse a penas que, sumadas superen ampliamente los topes legales máximos previstos en el art. 76.1 CP» (71). Premisa que se cumple en relación a la prisión permanente revisable, pues esta pena no sólo supera los límites máximos de cumplimiento que el art. 76.1 CP determina, sino que ni siquiera permite establecer una fecha de cumplimiento definitivo.

Pues bien, a esta importante colisión de perspectivas sobre lo que ha de constituir el funcionamiento básico del sistema penitenciario, se suma que los propios tiempos de cumplimiento que se establecen en relación a la pena de prisión permanente revisable son del todo incompatibles con el tratamiento. Es decir, la prisión permanente revisable no sólo continúa el choque entre la norma penal y el sistema de ejecución que venimos detallando, sino que invalida de facto el contenido y propósitos del mismo. Por mucho que quepa la revisión de la prisión permanente en forma de suspensión o libertad condicional, los tiempos de internamiento efectivo que establece y los márgenes tempora-

---

(69) SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, p. 29. De igual opinión, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 7.

(70) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 296.

(71) GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 36.

les entre los diferentes hitos del cumplimiento, hacen inviable cualquier planteamiento de reincorporación social de los condenados. Al respecto, la doctrina es unánime en admitir que las condenas de más de 15 años de duración implican una desestructuración no sólo social, sino personal, difícilmente recuperables con posterioridad al cumplimiento de las mismas (72), sin que, a nuestro juicio, las salidas periódicas del establecimiento puedan tener efectos suficientemente paliativos.

Las salidas de permiso ordinario y el acceso al tercer grado, ofrecen a los internos las ventajas de la relajación del régimen penitenciario. En los permisos, porque suponen un descanso de las imposiciones regimentales, quedando los controles reducidos a las presentaciones policiales que se estimen pertinentes en el lugar que se haya señalado para el disfrute de la salida. En el tercer grado, porque el acceso a la semilibertad, solo obliga normalmente a la pernocta en un CIS, aumentando con ello ostensiblemente las horas de autonomía personal. Sin embargo, ambos conllevan controles adicionales, limitaciones de la autonomía y presiones internas, difícilmente sostenibles de manera excesivamente prolongada en el tiempo. El choque inevitable entre la realidad carcelaria y la normalizada y las dificultades de adaptación que esas diferencias conllevan y que irremediabilmente se pre-

---

(72) Sobre dicho límite, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 145-146, refiere que: «En el último cuarto del siglo XX estudios realizados en los países europeos más avanzados habían alcanzado la conclusión de que la privación de libertad superior a quince años produce efectos permanentes de deterioro de la personalidad del reo, de modo que una privación de libertad de mayor duración debía considerarse inhumana: a partir de dicho período, la restricción de libertad deja de ser el único elemento afflictivo de la pena, añadiéndose otro especialmente importante consistente en el daño en el núcleo esencial de la persona —en su personalidad—; las penas largas dañan la integridad psíquica y moral del reo. Aunque el deterioro de la personalidad es paulatino a medida que aumenta la duración de la prisión, el límite de quince años se fija como momento a partir del cual los daños son irreparables. Es por ello que países como Alemania fijaron la duración máxima de la prisión para la generalidad de los casos en torno a quince años». Igualmente, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J. M., 2016, p. 38. VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 98-104, relacionan el mayor nivel de prisionización con la mayor duración de la condena. En el mismo sentido, destacan la desproporción que supone el régimen establecido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 549; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 82-83; RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, n. extraordinario, 2013, p. 186; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, n. 6, 2014, p. 44.



sentan en los internos, acentúan su ansiedad por acabar cuanto antes con el cumplimiento de la condena, paradójicamente, cuando se disfruta de regímenes más benévolos.

Por ello, no es recomendable iniciar la dinámica de salidas de permiso ordinario si la perspectiva de acceso al tercer grado es lejana. Los permisos han de cumplir la finalidad penitenciaria que tienen encomendada de «preparación a la vida en libertad» (art. 47.2 LOGP) y no convertirse en salidas cíclicas del centro penitenciario que sirvan de mero recreo del régimen ordinario. Del mismo modo, un periodo de condena en tercer grado más allá de lo necesario puede malograr el acceso a tiempo a la libertad condicional, debiendo procurarse que éste sirva tanto de prueba como de consolidación, pero siempre con las miras puestas en un acceso a la libertad condicional temporalmente oportuno (73). Sólo así podrá sentir el interno que avanza en su cumplimiento.

Siendo esta, a nuestro entender, la dinámica más adecuada conforme a nuestro sistema de cumplimiento, los tiempos que establece el CP para el caso de la cadena perpetua son del todo inapropiados a los fines que mencionamos (74). Como ya hemos dicho, en el mejor de los casos, estamos en presencia de un ciclo temporal de 8, 15 y 25 años para la salida de permiso, tercer grado y libertad condicional, respectivamente. Recorrido al que hay que añadir el propio del periodo de suspensión –cinco a diez años– y la posible prórroga del mismo. Todo ello no sólo desborda la línea roja de los 15 años de cumplimiento máximo recomendable, sino que determina una cadencia temporal psicológicamente insostenible para cualquier persona. Por tanto, si incluso la mejor de las opciones de ejecución de la prisión permanente pone en entredicho la dinámica tratamental de nuestro sistema penitenciario, es altamente dudoso que la misma pueda satisfacer los parámetros de cumplimiento específicamente del art. 25.2 CE, a los que dicha dinámica tratamental responde.

Como advierte Mapelli Caffarena, «ni la prisión perpetua, ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización» (75). Con motivo de la LO 1/2015,

---

(73) FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 133.

(74) JUANATEY DORADO, C., *ADPCP*, 2012, p. 132 y 149-150; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 181; FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 139; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 335; GARCÍA RIVAS, N., *La Ley Penal*, 2017, p. 14.

(75) MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 81.

García Arán añade que «se hacen apelaciones absolutamente retóricas a la reinserción social de las penas privativas de libertad cuando, en realidad, se está fortaleciendo una concepción claramente retributiva de la pena. Miren, después de 25 años de privación de libertad no hay pronóstico favorable de reinserción» (76). En el mismo sentido, García Valdés, de manera muy gráfica apunta a que «todo se ha conjugado para hacer más insufrible el cumplimiento de la pena privativa de libertad» (77).

En este contexto y teniendo en cuenta los plazos de cumplimiento que el CP establece para los casos en que se aplique la prisión permanente revisable, destaca la propuesta que realizan varios autores consistente en aplicar con mayor frecuencia el principio de flexibilidad recogido en el art. 100.2 RP en caso de condenas de larga duración. Como acertadamente apunta Rodríguez Yagüe, «por esta vía se podría soslayar el rígido requisito temporal en casos de pronóstico favorable de reinserción de condenados a penas de prisión de larga duración en los que no sea posible desactivar el periodo de seguridad de obligado cumplimiento (art. 36.2 CP) y en la prisión permanente revisable, de tal manera que estando clasificados en segundo grado de tratamiento tengan acceso a las salidas –ya vía permiso, ya de fin de semana– previstas para el tercer grado» (78). Esta perspectiva coincide con la expuesta en otros trabajos (79), donde hemos defendido la aplicación del art. 100.2 RP como instrumento para soslayar la aplicación de los rígidos plazos temporales que el CP establece en determinados supuestos y siempre que la evolución tratamental del interno lo justifique. Sin embargo, esta vía no es la panacea. De un lado, no podemos olvidar la restrictiva aplicación que el Centro Directivo realiza en la actualidad de este precepto. De otro, se trata de un mecanismo regulado a nivel reglamentario que, en determinados casos y de conseguir

---

(76) Diario El Mundo, 19 de febrero de 2014, tras su participación en la Comisión de Justicia del Congreso el 18 de febrero.

(77) GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCUARAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, p. 178.

(78) RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J., LÓPEZ LORCA, B., 2017, p. 358. De la misma autora, *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable (...)*, 2018, pp. 122 y 205 y ss. Igualmente, CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 238-239.

(79) SOLAR CALVO, P., «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una aplicación posibilista», *Diario La Ley*, n. 8912, Sección Tribuna, 01.02.17, pp. 4-5. De manera resumida, «Por una interpretación posibilista del principio de flexibilidad en el medio penitenciario», *Legal Today*, 27.01.17.

aplicarse, puede atenuar los efectos de la prisión permanente revisable en un caso concreto, pero que, de ningún modo, sirven para su convalidación.

En tercer lugar, cerramos esta reflexión volviendo al principio, a la necesaria voluntariedad del tratamiento para que éste sea eficaz desde un punto de vista terapéutico. Recordando lo dicho, la doctrina mayoritaria asegura que el tratamiento penitenciario ha de ser voluntario en el sentido que recoge el art. 112 RP (80). Sin embargo, la revisión de la prisión permanente revisable y el cese del internamiento que supone dependen entre otros, de la satisfactoria realización de dicho tratamiento. Con ello, se dan varias consecuencias cuestionables. Primero, que se acepta que la norma sea perpetua para quien no acepte llevar a cabo el tratamiento. Segundo, consecuencia de lo anterior, que una garantía jurídica de primer orden, como es la certeza de la condena y la seguridad jurídica de la que deriva, se hace depender de la voluntad del sujeto al que esa garantía ampara. Configuración bastante llamativa, no sólo por sí misma, sino porque para que pueda concurrir la garantía de la certeza del fin de la norma, se compele al interno para que renuncie a otro derecho, el de no someterse a tratamiento alguno (81).

Tanto el primero de los factores destacados –el hecho de que el legislador no ponga en manos del operador jurídico un instrumento que garantice la revisión de la cadena perpetua–, como el de que haya de concurrir la voluntariedad del interno para que la pena de prisión permanente sea efectivamente revisada y por ende, determinada, son consecuencia de los desajustes que conlleva la utilización de un instrumento penitenciario como la libertad condicional para la fijación del límite de cumplimiento de la pena. La libertad condicional, como cuarto grado de cumplimiento (art. 72 LOGP) está pensada para dar respuesta a la evolución tratamental que el interno muestra a lo largo de la ejecución de la condena. Así ubicada en la norma y con esa función específica de fase de cumplimiento de la condena, es posible que su concesión se base en parámetros subjetivos y que la misma sea dependiente de la voluntad del interno. Características que casan mal con la función que la LO 1/2015 asigna a este instrumento de reinserción, al convertirlo en mecanismo de determinación temporal de la pena. Hecho que genera nuevas incongruencias normativas con las que cerramos este trabajo.

---

(80) MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 268.

(81) Comunicación presentada en el II Congreso Penitenciario UDIMA, celebrado el 21.02.18, publicada en SOLAR CALVO, P., «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n. 9166, 26.03.18, pp. 1-6.

## 5. CONCLUSIONES

La introducción en nuestro ordenamiento de la prisión permanente revisable es la que más claramente responde, de entre las modificaciones normativas producidas en los últimos años, a los postulados del *populismo punitivo* (82). A través de la misma se trata de castigar con la mayor dureza a los considerados máximos enemigos de la seguridad ciudadana. Se consolida así la tendencia a configurar un Derecho Penal sobre la base de postulados imposibles, guiado por el criterio de la *tolerancia cero* (83), pero de alto contenido simbólico fácilmente asumible por la sociedad. A su vez, una vez metidos en la vorágine de endurecimiento, reconducir la norma a parámetros más racionales se torna más difícil. Si lo que se pretende es una especie de seguridad absoluta y dado que ésta por definición es inalcanzable (84), siempre habrá justificación para que la norma penal aumente en dureza y para que esos enemigos de ésta sean cada vez más numerosos.

En paralelo, la libertad condicional se ha convertido en medida alternativa a lo que venía siendo hasta el momento. Es decir, de ser el cuarto grado de cumplimiento de la pena privativa de libertad, ha pasado a ser una manera de suspender su ejecución. Aspecto que no sólo sirve para endurecer su régimen con carácter general a través de los apartados 5 y 6 del art. 90 CP, sino para permitir la revisión de la prisión permanente revisable en los durísimos términos del art. 92 CP, dotando a esta pena de una apariencia de legitimidad también en el

---

(82) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 119: «cuando la pena perpetua convive con largas penas de privación de libertad, y especialmente cuando la pena de perpetua es susceptible de revisión, no se entiende muy bien cuál es su necesidad de regulación más allá de servir a intereses populistas y propagandista de un Derecho Penal que deja de lado el mandato del art. 25.2 CE. De esta forma ni el volumen de delitos graves sobre el total de la delincuencia nacional, ni la insuficiencia de las penas de prisión ya existentes, incluidas las de prisión de larga duración, justifican en modo alguna la necesidad de una nueva pena perpetua en España». Secundan esta postura, JUANATEY DORADO, C. *ADPCP*, 2012, pp. 127-153; CANCIO MELIÁ, M., «La pena de cadena perpetua (prisión permanente revisable) en el Proyecto de reforma del Código penal», *Diario La Ley*, n. 8175, Sección Doctrina, 22.10.13, p. 7; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 176; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 453.

(83) Sobre el concepto, REDONDO ILLESCAS, S., *Intolerancia Cero: Un mundo con menos normas y sanciones también sería posible*, 1.ª ed., Sello Editorial, Barcelona, 2009, pp. 31-40.

(84) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Diario La Ley*, 2014, p. 12 añade además la inadecuación de la norma penal para tales propósitos: «(...) debe entenderse que el endurecimiento de la ley no traerá mayor seguridad ni resolverá aquellos problemas cuya solución se encuentra en otros ámbitos ajenos al derecho penal».

plano constitucional, al permitir que sea una pena temporalmente determinable.

Sin embargo, en las anteriores páginas hemos mostrado que tanto desde un punto de vista teórico, como desde la praxis penitenciaria, la posibilidad de determinar la cadena perpetua es más ilusoria que real. Ello con un importante impacto sobre otros ámbitos jurídicos.

En primer lugar, que la prisión permanente permita o no efectivamente su cese en el tiempo se relaciona directamente con su compatibilidad con el art. 25.2 CE. A pesar de la interpretación tan restrictiva que el TC realiza de este precepto, tanto este Alto Tribunal como la doctrina coinciden en que el principio de reinserción y el mandato que conlleva para el legislador constituyen un parámetro decisivo para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales. De modo que:

«Una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad de resocialización sí resultaría contraria al art. 25.2 CE» (85).

En segundo lugar, si la revisión de la condena depende de que el interno quiera llevar o no a cabo el tratamiento penitenciario, con esta configuración jurídica se está dejando en manos de los ciudadanos la realidad práctica de una garantía jurídica directamente ligada con el art. 25.2 CE. Con ello, la responsabilidad por que dicha garantía sea efectiva se diluye; asimismo se difuminan los inconvenientes prácticos que en todo caso, a pesar de que el interno lleve a cabo un tratamiento, concurren para que la pena sea revisable; y, más importante aún, se contribuye a las prácticas penitenciarias criticadas en el primer epígrafe sobre las coacciones indirectas que compelen a los internos a participar en el tratamiento. Máximo si ya no se trata de llevar a cabo el tratamiento si se pretende acceder a los beneficios penitenciarios, sino la necesidad de llevarlo a cabo si se quiere tener opción, por mínima que ésta sea, a una garantía jurídica básica: la de la determinación de la pena.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en Arroyo Zapatero, L. A., Lascuaraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, p. 163-169.

---

(85) STC 160/2012, de 20 de septiembre.

- ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», *EPyC*, n. 2, 1978.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada», en Álvarez García, F. J. (Dir.), Antón Boix, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 37-47.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, n. 6, 2014.
- ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Sobre la urgente necesidad de cambiar los hábitos de producción normativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2017.
- BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Madrid, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA ROFRÍGUEZ, L. (Coords.), FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 28-31.
- BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *REP*, n. 220-223, 1978, pp. 115-116 y *REP*, 2006, pp. 24-25.
- CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- CANCIO MELIÁ, M., «La pena de cadena perpetua (prisión permanente revisable) en el Proyecto de reforma del Código penal», *Diario La Ley*, n. 8175, Sección Doctrina, 22.10.13.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Prisión permanente revisable I», en González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 214 y ss.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *RECPC*, n. 17-11, 2015.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario», *CPC*, n. 120, 2016.
- DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n. 8004, Sección Doctrina, 18.1.2013.

- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El sistema de de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n. 35, 2015.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 125-142.
- GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013.
- GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, pp. 30-63.
- GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, n. 1.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP*, t. 32, n. 3, 1979.
- GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la incostitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, n. 128, 2017.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias», en Arroyo Zapatero, L. A., Lascuaraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 171-178.
- GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *RDPP*, n. 41, 2016, pp. 91-138.
- GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en Gracia Martín, L., (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 37-48.
- JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, 2012.
- *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011.
- LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad penal y personal. La incidencia de la LO 1/2015 en el trabajo penitenciario», *Diario La Ley*, n. 8591, Sección Doctrina, 27.07.15.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y TEDDHH», en Landa Gorostiza, J. M. (Dir.), Garro Carrera, E., Ortuba Y Fuentes, M. (Coord.), *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 17-80.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
- MANZANARES SAMANIEGO, L., en Cobo del Rosal, M., (Dir.) y Bajo Fernández, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 938-939.
- *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984.
- MAPELLI CAFARENNA, B., «Teoría de la pena», en Cuello Contreras, J., Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2015.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *Eguzki-lore*, n. extra 2, ejemplar dedicado a las II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, octubre 1989.
- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en Arroyo Zapatero, L. A., Lascuraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (Ed.), Rodríguez Yagüe, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 139-162.
- «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, n. 2, 2014.
- MCNEILL, F., «Las consecuencias colaterales del riesgo», *InDret*, n. 1, 2017.
- MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe II, en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 352-376.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe I, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 325-352.
- MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *CPC*, n. 7, 1979.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 271-316; del último, «¿Es viable en nuestros ordenamientos la introducción de la pena de cadena perpetua como solución para determinados delincuentes difícilmente reinsertables?», *La Ley*, n. 68, febrero 2010.



- PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 48-78.
- PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal III», epígrafes I-IV, en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 123-155.
- RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999.
- REDONDO, ILLESCAS, S., *Intolerancia Cero: Un mundo con menos normas y sanciones también sería posible*, 1.ª ed., Sello Editorial, Barcelona, 2009.
- RÍOS MARTÍN, J., en Bueno Arús, F. (Coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, 2.ª ed, Colex, Madrid, 2005, pp. 488-489.
- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, n. extraordinario, 2013.
- RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, 2.ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- RODRÍGUEZ ALONSO, A., RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones de Derecho penitenciario*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2011.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «De lege ferenda: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, n. 8294, Sección Doctrina, 16.04.14.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en De León Villalba, F. J. (Dir.), López Lorca, B. (Coord.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 363-384.
- ROTMAN, E., «Beyond punishment», DUFF, A., GARLAND, E., *A reader on punishment*, Oxford University Press, 1994.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SOLAR CALVO, P., «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n. 9166, 26.03.18.
- «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una aplicación posibilista», *Diario La Ley*, n. 8912, Sección Tribuna, 01.02.17, pp. 4-5. De manera resumida, «Por una interpretación posibilista del principio de flexibilidad en el medio penitenciario», *Legal Today*, 27.01.17.

- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 93-100.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.



El Código Penal de 1822: publicación,  
vigencia y aplicación.  
En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz  
en el 50 aniversario de su doctorado

ÓSCAR LÓPEZ REY  
Becario FPU del MEC.  
Universidad de Castilla-La Mancha

**RESUMEN**

*Abordamos este trabajo en el cincuentenario del doctorado del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, quien dedicó su tesis al Código penal de 1822. Con él se pretende consolidar la línea seguida por este profesor que apuntaba a que el citado texto estuvo vigente desde el 1 de enero de 1823 y fue aplicado por jueces y tribunales. Además se afronta el modo en que se llevó a cabo la publicación de dicho Código, asunto apenas tratado por los autores que se han dedicado al mismo. Todo ello se ha realizado principalmente poniendo en valor elementos novedosos que han visto la luz gracias a la digitalización y puesta a disposición pública en la red de documentos históricos que están llevando a cabo diferentes entidades.*

*Palabras clave: Código penal de 1822; publicación; vigencia; aplicación; trienio liberal; Constitución de 1812.*

**ABSTRACT**

*This work is addressed in the 50 anniversary of the dissertation of Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, whose doctoral thesis was devoted to research on the Penal Code of 1822. The professor shared the opinion in his dissertation that the Penal code was in force from 1 January 1823 and was applied by judges and courts. The objecti-*

*ve here is to consolidate this idea and also to study how the Spanish Penal Code of 1822 was published, an aspect that in the case this Code has been little studied. All of this has been mainly carried out through the innovative elements to which we can now access thanks to the digitalization and public disposition in the network of historical documents that are developing different entities.*

*Keywords: Spanish Penal Code of 1822; publication; entry into force, application, Constitution of 1812; Liberal Triennium.*

Sumario: 1. Introducción.–2. Publicación y aplazamiento de la entrada en vigor.–3. Vigencia y aplicación por los tribunales.–4. Nuevas aportaciones.–5. Sobre la fecha concreta de entrada en vigor.–6. El caso de Valencia.–7. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

De unos años a esta parte muchas son las instituciones con fondos documentales o bibliográficos antiguos que están llevando a cabo una labor de digitalización y puesta a disposición en la red de los mismos en aquellos supuestos que se encuentran en dominio público bien por haberlo estado siempre, bien por haber perecido los derechos patrimoniales de autor. Esto para los investigadores es una bendición entre otros motivos porque ven la luz documentos olvidados, se evitan desplazamientos con la pérdida de tiempo y gastos que suponen y facilita la búsqueda tanto de los propios documentos como de su contenido, gracias a los programas de reconocimiento de texto. Corresponde ahora a esos investigadores poner en valor esas obras y documentos.

Precisamente lo que en un principio se pretendía con este trabajo era dar a conocer, interpretar y valorar algunos documentos relacionados con el Código penal de 1822, especialmente sobre su publicación, vigencia, aplicación y la fecha concreta en la que comenzó a regir, cuando ya ha transcurrido una década desde que se publicara el artículo que De Benito Fraile (1) dedicara a esta cuestión, el último del

---

(1) DE BENITO FRAILE, E., «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal de 1822», *Foro, Nueva época*, 2008, núm. 8, pp. 41-68.

que tenemos constancia que verdaderamente realizara aportaciones relevantes (2).

Pero además la casualidad ha querido que hayamos realizado esta investigación el año que se cumple el 50 aniversario de la defensa de la tesis que Casabó Ruiz dedicó a este Código (3), y la voluntad ha dispuesto que en su memoria hayamos concluido la primera redacción de este artículo el mismo día en que se doctorara, un 1.º de abril (4).

El estudio de esta tesis nos ha llevado a proponernos otro objetivo, la reivindicación de Casabó Ruiz como el primer autor que demostró la fecha concreta en que comenzó a regir el Código penal de 1822 así como su vigencia y aplicación.

Por último queremos dejar constancia de que en las transcripciones de textos de la época que vamos a tratar hemos aplicado las reglas de ortografía actuales para facilitar su lectura con excepción de los títulos de las obras para no dificultar su búsqueda.

## 2. PUBLICACIÓN Y APLAZAMIENTO DE ENTRADA EN VIGOR

Un asunto apenas tratado por los autores que se han dedicado al Código penal de 1822, el que inaugura la codificación en España, es su publicación. Este texto se aprobó durante el reinado de Fernando VII en el denominado trienio liberal (1820-1823), uno de los periodos en que estuvo vigente la Constitución de 1812. Concretamente fue «*Decretado por las Cortes en 8 de junio de 1822* (5) y san-

---

(2) En el año 2009 Quesada Morillas dedicó parte de un artículo a la vigencia del Código penal de 1822 si bien prácticamente resume lo que ya se había señalado hasta la fecha (QUESADA MORILLAS, Y., «El delito de rapto en el primer proyecto de Código penal al amparo de la Constitución de 1812». *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 2009, vol. I, núm. especial 3, pp. 134 y ss.). De modo similar, en el año 2013, Manjón-Cabeza [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)», *Revista de derecho penal y criminología*. 2013, 3.ª Época, núm. 9, pp. 157 y ss.].

(3) CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Valencia, 1968.

(4) BORJA JIMÉNEZ, E., «En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1995, Tomo XLVIII, fasc. I, p. 7.

(5) Es el Decreto LVI que encabezado por «*Ley del Código penal*», dice: «*Las Cortes, después de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitución, han decretado el siguiente Código penal*». Y a continuación aparece el texto íntegro de tal Código (*Colección de los Decretos y Órdenes generales expedidos por las Cortes*, Tomo IX, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, pp. 211-381).

cionado (6) por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de ese mismo año» (7). Según Casabó Ruiz (8), con la promulgación se habían completado todos los requisitos formales necesarios para su entrada en vigor. De otra opinión es Alonso Alonso, quien considera que durante el reinado de Fernando VII se distinguían «*clara y precisamente los tres requisitos externos de la ley: sanción, promulgación y publicación*» (9), sin embargo no señala en qué norma se establecían estos requisitos.

Por su parte la Constitución indicaba en su art. 143: «*Da el Rey la sanción por esta fórmula, firmada de su mano: Publíquese como ley*»; en el art. 154: «*Publicada la ley en las Cortes, se dará de ello aviso al Rey, para que se proceda inmediatamente a su promulgación solemne*» (10); y en el art. 155: «*El Rey, para promulgar las leyes, usará de la fórmula siguiente: N. (el nombre del Rey) por la gracia de Dios y por la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, a todos los que las presentes vieren y entendieren; sabed: Que las Cortes han decretado, y Nos sancionamos lo siguiente: (Aquí el texto literal de la ley) por tanto, mandamos a todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquiera clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondréis se imprima, publique y circule. (Va dirigida al Secretario del Despacho respectivo.)*». Como se puede observar la Constitución de 1812 establecía dos publicaciones una en las Cortes tras la sanción y otra tras la promulgación. De la literalidad del texto del art. 155 de la Constitu-

(6) La sanción real se produjo el 27 de junio de 1822 conforme aparece en la Orden de 29 de junio de 1822: «*Excmo. Sr.: Publicada hoy en las Cortes la ley del Código penal decretada con fecha de 8 del corriente, sancionada por el Rey con la del 27, damos a V. E. el aviso prevenido en el artículo 154 de la Constitución, para que sirviéndose ponerlo en noticia de S. M., tenga a bien mandar que se proceda inmediatamente a su solemne promulgación. = Dios guarde a V. E. muchos años. Madrid 29 de Junio de 1822.= Ángel de Saavedra, Diputado Secretario. = Francisco Benito, Diputado Secretario. = Sr. Secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia*». *Idem*, p. 383.

(7) Según aparece en la versión oficial (*Código penal Español*, Imprenta Nacional, Madrid, 1822).

(8) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1979, tomo XXXII, fasc. II, p. 334.

(9) ALONSO ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1946, año II, núm. 11, p. 9.

(10) Esta previsión constitucional se llevó a cabo mediante la Orden de 29 de junio que hemos reproducido anteriormente en nota a pie 6, conforme a la cual sabemos que la publicación en las Cortes se realizó este mismo día.

ción parecería desprenderse que la ley ya era obligatoria antes de la última publicación.

Sea como fuere lo cierto es que no tenemos constancia de que llegara a publicarse en la Gaceta de Madrid a diferencia de otras disposiciones. Además Alonso Alonso (11), señala que la Imprenta Nacional debido a que estaba sobrecargada de trabajo, no imprimió el Código penal hasta septiembre de 1822, y considera que es en este momento cuando se cumple el requisito de la publicación (12).

Sin embargo en la sesión de Cortes del día 30 de mayo de 1823 ante la consulta de un alcalde constitucional sobre cuándo debían empezar a regir las leyes, la comisión de legislación opinó que «*desde el día de la promulgación en la capital de provincia*» (13). Por tanto parece que al menos desde la entrada en vigor de las disposiciones que regulaban tal promulgación en las capitales de provincia, que veremos a continuación, la publicación en las Cortes no era suficiente para la obligatoriedad de las leyes y en el caso concreto que nos ocupa tampoco la impresión del Código como afirma Alonso Alonso.

(11) ALONSO ALONSO, J. M. «De la vigencia y aplicación...», *op. cit.* (nota 9), p. 10.

(12) Este autor no señala ninguna fuente respecto a que el Código se imprimiera en septiembre, no obstante es plausible su afirmación: ya que no parece que se hiciera antes de ese mes, puesto que el primer anuncio de venta de dicho texto que hemos encontrado es en la *Gaceta de Madrid* de 2 de octubre de 1822 p. 1432: «*Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de Junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de Julio de 1822 se hallará a 12 rs. en rústica y 16 en pasta en el despacho de la imprenta Nacional*» (Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1822/288/A01432-01432.pdf>); ni que fuera después, porque la reimpresión realizada en La Habana en 1823 incluye la Orden de 30 de septiembre de 1822 expedida por el Ministerio de Ultramar por la que se remite al Jefe Político Superior de la Provincia de la Habana un ejemplar del Código para su publicación, lo que presupone su impresión con anterioridad a tal fecha: Encabezado por «*Gobernación de ultramar*», el texto es el siguiente: «*De orden del Rey dirijo a V. S. para su publicación con la formalidad prevenida un ejemplar rubricado del Código penal, sancionado por S. M. y otro de la circular que le acompaña, expedida en 28 del presente por el ministerio de Gracia y Justicia, a fin de facilitar y uniformar su observancia en todos los tribunales. Dios guarde a V. S. muchos años. Madrid 30 de septiembre de 1822.-Vadillo-Sr. Jefe político superior de la provincia de la Habana*» (*Código penal Español*, Oficina de Arazona y Soler, Habana, 1823).

(13) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, Imprenta Nacional, Madrid, 1858, p. 194. Conviene aclarar, aunque sea muy evidente, que con el término «promulgación» no se hace referencia al acto formal reservado al Rey recogido en el referido art. 155 de la Constitución de 1812 que respecto al Código penal de 1822 se realizó, como ya vimos, el 9 de julio de 1822, sino simplemente a «publicación» conforme a las acepciones recogidas de «promulgar» en el Diccionario de la Lengua Castellana de 1822: «*publicar alguna cosa solemnemente, hacerla saber a todos. Dar al público*» (*Diccionario de la Lengua Castellana*. 6.<sup>a</sup> ed., Imprenta Nacional, Madrid, 1822, p. 668).



La promulgación en las capitales de provincia se reguló mediante una Real Orden de 26 de agosto de 1822 publicada en la *Gaceta de Madrid* de 29 de agosto del mismo año (14) que se remitía al Decreto de Cortes de 4 de septiembre de 1820 (15) *sobre la forma en que debe hacerse la promulgación de las leyes*, el cual disponía el modo de proceder a tal promulgación en Madrid.

Cabe señalar que la primera de las disposiciones es posterior a la promulgación por el Rey del Código penal, por lo que debemos preguntarnos si le sería de aplicación, pero no así la segunda que es anterior, por lo que dicho Código debería haberse publicado en Madrid con las formalidades previstas en tal Decreto.

No hemos podido confirmar de forma indubitada la publicación en Madrid aunque creemos que se llevó a cabo el 25 de septiembre. En el acta del Ayuntamiento de la Villa correspondiente al 21 de septiembre de 1822 concretamente en el último apunte se señala: «*Viose un oficio del Sr. Jefe Político en que traslada la Real Orden que se le comunica para la promulgación del Código penal decretado por las Cortes en 8 de Junio último y sancionado por el Rey, señalando dicho Sr. Jefe el día 25 del corriente a las 11 de la mañana para que se verifique. Y se acordó: Queda el ayuntamiento enterado y dense las disposiciones convenientes*» (16).

---

(14) Encabezada por «*Circular del ministerio de la Gobernación de la Península*» su contenido es: «*Deseando el rey que la publicación solemne de las leyes se verifique en todas las capitales de provincia con uniformidad y decoro y estando prevenido en decreto de las Cortes de 4 de Septiembre de 1820, inserto en el tomo 6.º de la colección de sus decretos, el modo con que debe verificarse en esta capital, ha tenido a bien S. M. mandar que se observe lo mismo respectivamente en todas las capitales de provincia. De Real orden lo comunico a V. S. para su cumplimiento. Madrid 26 de Agosto de 1822*». Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1822/253/A01288-01288.pdf>.

(15) Se trata del Decreto XXI y cuyo contenido es: «*Las Cortes, habiendo examinado la propuesta de S. M. sobre el modo de hacer la promulgación solemne de las leyes, han aprobado: Que el Jefe político de esta capital, acompañado de todo el Ayuntamiento salga en público de la casa en donde se junta ordinariamente, y pasando a la de la Panadería, sita en la plaza de la Constitución, promulgue la ley desde el balcón principal de aquella, haciéndola leer por el Secretario del expresado Ayuntamiento. Madrid 4 de Septiembre de 1820. = Ramón Giraldo, Presidente. = Juan Manuel Subrié, Diputado Secretario. = Marcial Antonio López, Diputado Secretario*». (Colección de los Decretos y Órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes Ordinarias de 1820 y 1821, Tomo VI, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, p. 94).

(16) *Libro de acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Constitucional de esta M. H. Villa de Madrid del año de 1822*, fol. 242. Se encuentra digitalizado en el Archivo de Villa aunque no está disponible en línea.

No hay acta correspondiente al día 25 de septiembre que nos pudiera confirmar que efectivamente se produjo esta publicación, posiblemente porque este día fue miércoles y el Ayuntamiento se reunía de forma ordinaria en ese periodo los martes, jueves y sábados, tal y como se acordó en la sesión de 3 de agosto (17).

En cuanto a la necesidad de la publicación en las capitales de provincia conviene que comencemos por estudiar una circular expedida por el Ministerio de la gobernación de la Península, fechada el 8 de octubre, recogida en el *Diario Constitucional de Palma* de 2 de diciembre de 1822 (18) y que reproducimos íntegramente: «*El Sr. secretario del despacho de gracia y justicia con fecha 27 del próximo pasado me dice lo que sigue: Previendo S. M. que la publicación del Código penal en las respectivas capitales de provincia y su circulación por todo el Reino, no podrá hacerse a causa de su volumen con la celeridad que la de otras leyes; y que además era necesario conceder un término para estudiarlo a las autoridades encargadas de su cumplimiento, tuvo a bien acordar sobre este punto las oportunas medidas que se harán saber a dichas autoridades cuando se les circule por el Gobierno el Código mismo, lo que se verificará muy pronto. También ha tenido presente el Rey, que siendo esta obra una propiedad del Estado, no conviene permitir que se reimprimiese a voluntad de cualquier autoridad; y que tampoco sería fácil imprimirla en forma de edicto para fijarla en los parajes públicos, según acostumbran a hacerlo los jefes políticos con otras leyes para su publicación y circulación por las provincias, cuyo método aunque muy útil cuando es practicable, no es absolutamente necesario, como no prescripto en ley o decreto alguno. Así pues ha tenido a bien S. M. disponer que se imprima el suficiente número de ejemplares del referido Código, y que se ponga a la venta pública a precios moderados no solo en esta corte en la imprenta nacional, sino también en las capitales de las provincias y en los sitios en que se dará aviso en la gaceta, en cuyos puestos podrán los jefes políticos tomar o hacer que se tomen los ejemplares necesarios para la circulación, satisfaciendo su importe de los fondos destinados a objetos de esta naturaleza, para conservar así la debida separación de los gastos de los respectivos ministerios, y economizarlos en cuanto sea posible. De real orden lo traslado a V. S. para los efectos consiguientes. Dios guarde a V. S. muchos años. Madrid 8 de octubre de 1822. Gasco.»*

---

(17) *Idem*, fol. 194.

(18) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002237651>.

A nuestro juicio esta circular aborda, además de una cuestión económica, tres problemas diferentes: 1. La publicación del Código en las capitales de provincia; 2. Su circulación por el reino; 3. Quien puede hacer copias de forma autorizada del Código.

Respecto al tercer problema queda claro que no se permite a ninguna autoridad pública hacer copias del mismo, quedando centralizada su impresión, probablemente en la Imprenta Nacional aunque no se dice expresamente.

En cuanto al segundo problema, la circulación por el reino, en un principio parece remitirse a un momento posterior, cuando a las autoridades «*se les circule por el Gobierno el Código*», sin embargo se resuelve al disponer «*que se ponga a la venta pública a precios moderados no solo en esta corte en la imprenta nacional, sino también en las capitales de las provincias y en los sitios en que se dará aviso en la gaceta, en cuyos puestos podrán los jefes políticos tomar o hacer que se tomen los ejemplares necesarios para la circulación*».

En relación al primer problema, como podemos observar en esta circular parece afirmarse que el Código penal también debía publicarse en las capitales de provincia y no exime al mismo de este requisito, tan sólo se dice que no se podrá llevar a cabo con la misma celeridad que otras leyes y que por ello el Rey había acordado las medidas oportunas remitiéndose al momento posterior que ya hemos señalado.

Entendemos que tales medidas son las que recoge una disposición publicada en la *Gaceta de Madrid* de 27 septiembre de 1822. (19) En ella se ordena el aplazamiento de la entrada en vigor del Código penal en la península e islas adyacentes hasta el 1 de enero de 1823 y que en las provincias de ultramar dicha entrada en vigor se produjera a los 60 días de su publicación en la capital de cada una de ellas.

Esta disposición fue introducida en el citado rotativo como «*Artículo de oficio*» y encabezada por «*Circular del ministerio de Gracia y Justicia*». Reproducimos íntegramente su contenido: «*Promulgado ya solemnemente el Código penal, decretado por las Cortes y sancionado por el Rey, desearía S. M. que se empezase a observar desde luego en todas sus partes; mas no ha podido menos de advertir que su volumen impide que se circule y comuniquen con la celeridad que otras leyes; que su importancia requiere que se conceda un término para instruirse de él a las autoridades encargadas de su cumplimiento, y que la conveniencia pública y mejor administración de justicia exigen que se ponga en ejecución a un tiempo mismo, en cuanto sea posible, en todos los tribunales del reino, para evitar el desorden y contradic-*

---

(19) *Gaceta de Madrid* de 27 de septiembre de 1822, p. 1408. Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1822/283/A01408-01408.pdf>.

*ción que en otro caso resultaría entre providencias contemporáneas, dictadas con arreglo a leyes diferentes. También ha tenido presente S. M. que el artículo 101, capítulo 4º, título preliminar no puede llevarse enteramente a efecto hasta que se establezca legalmente el jurado, a quien se encarga por el mismo la declaración del delito y la de su grado. En esta atención ha creído indispensable S. M. declarar y resolver: 1º Que el Código penal debe empezar a observarse en la Península e islas adyacentes desde el primer día del mes de Enero del año próximo de 1823. 2º Que en las provincias de Ultramar empiece su observancia 60 días después de su publicación en la capital de cada una de ellas. 3º Que hasta que se establezcan legalmente los jueces de hecho para los casos a que se refiere el mencionado artículo, continúen los de derecho como hasta aquí, y en los términos prevenidos en el mismo con respecto a las causas exceptuadas. De Real orden lo comunico a V. para su inteligencia y cumplimiento. Madrid, Septiembre de 1822».*

A nuestro juicio esta disposición, por no decir nada al respecto, tampoco exime al Código penal de su publicación en las capitales de provincia de la península e islas adyacentes, lo único que pretende es unificar su entrada en vigor en estos territorios el 1 de enero de 1823 para así, puesta en relación con la circular anterior, dar tiempo hasta entonces para que se publicara en las diferentes capitales de provincia.

Además puesto que el Código no se imprimió hasta finales de septiembre, cuando fuera recibido por las diferentes autoridades provinciales ya estaría vigente la Real Orden de 26 de agosto de 1822 por lo que posiblemente deberían haber procedido a su publicación. De hecho así lo hicieron al menos parte de dichas autoridades ya que hemos podido constatar que el Código se publicó en Toledo el 21 de octubre (20), en La Coruña el 10 de noviembre (21), en Bilbao el 27 de diciembre (22) y en Barcelona el 31 de diciembre (23). Por tanto

---

(20) Hemos encontrado el acta del Ayuntamiento en el Archivo Municipal de Toledo en los folios 556 y 557 del libro 242 que está digitalizado (pp. 1115-1118 del archivo pdf).

(21) FERNÁNDEZ CAAMAÑO, J. M., *La Coruña vista desde sus libros de actas. II parte*, Visión Net, Madrid, 2006, pp. 77-78. El *Diario Constitucional Político y mercantil de Barcelona* de 30 de noviembre en su sección de «Noticias nacionales» recoge la noticia de la publicación del Código en La Coruña (disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006000783>).

(22) Acta disponible en: [http://www.bilbao.eus/cs/descargaPdf/AMB\\_SrvImagen.jsp?Exp=18221227.PDF](http://www.bilbao.eus/cs/descargaPdf/AMB_SrvImagen.jsp?Exp=18221227.PDF).

(23) *Diario constitucional político y mercantil de Barcelona* de fecha 1 de enero de 1823. Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006001564>.

en todas estas provincias conforme a esta última disposición el Código debió comenzar a regir el 1 de enero de 1823. También tenemos constancia de que en Valencia se publicó el 31 de enero de 1823, asunto del que nos ocuparemos más adelante.

En otro orden de cuestiones conviene aclarar que algunos autores se refieren a esta resolución como Real Orden de 28 de septiembre. Lo cierto es, como hemos podido observar, que fue publicada sin fecha en la *Gaceta de Madrid* de 27 de septiembre y bajo la denominación de «Circular del Ministerio de Gracia y Justicia».

Casabó (24) señala que: «*El ejemplar de la R. O. que se ha utilizado es el remitido oficialmente por el Gobierno a la Audiencia Territorial de Valencia y lleva como fecha el 28 de septiembre de 1822*» y por ello se refiere a la misma como «*R. O. de 28 de septiembre*».

Por su parte la Orden de 30 de septiembre de 1822 incluida en la reimpresión del Código realizada en La Habana en 1823 (25) también adjunta el mismo texto bajo la denominación de Circular y con fecha 28 de septiembre de 1822: «*De orden del Rey dirijo a V. S. para su publicación con la formalidad prevenida un ejemplar rubricado del Código penal, sancionado por S. M. y otro de la circular que le acompaña, expedida en 28 del presente por el ministerio de Gracia y Justicia (...). Madrid 30 de septiembre de 1822.*»

Además hemos podido consultar un escrito fechado el 15 de diciembre de 1822 del Jefe Superior político de Vitoria (26) dirigido «*Al Ayuntamiento Constitucional de*», sin que se señale concretamente a qué Ayuntamiento, que comienza: «*El Excmo. Sr. Secretario de Estado y del Despacho de la Gobernación de la Península, en Real orden de 30 de Septiembre, me comunica la expedida en 28 del mismo por el Ministerio de Gracia y Justicia, que a la letra dice así:...*», a continuación se transcribe el texto publicado en la *Gaceta* de 27 de septiembre y finaliza «*incluyéndole un ejemplar del Código penal, para su inteligencia y cumplimiento en la parte que le corresponde, debiendo V. S. procurar que llegue a público conocimiento para que todos sepan las Leyes penales a que se hallan sujetos, y puedan precaverse de incurrir en delito o culpa que se las haga aplicables. Dios guarde a V. S. muchos anos. Vitoria 15 de Diciembre de 1822*».

(24) CASABÓ RUIZ, J. R. «La aplicación del Código penal de 1822». *op. cit.* (nota 8), p. 333.

(25) Disponible en la Biblioteca Digital Hispánica de la Biblioteca Nacional de España: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000124805&page=1>.

(26) Disponible en <http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/27162>.

En términos similares y misma fecha, 15 de diciembre, hemos encontrado entre las actas del Ayuntamiento de Zaragoza de 1822, un escrito del Jefe Superior político de Zaragoza (27).

Además el *Nuevo Diario de Madrid* de 14 de octubre de 1822 (28) recoge un edicto del jefe político de Madrid, Don Juan Palarea de 6 de octubre del mismo año que viene a coincidir con las anteriores referencias.

La conclusión a la que podemos llegar es que el Rey dictó la citada resolución como muy tarde el 27 de septiembre de 1822 de lo contrario difícilmente se hubiera podido publicar tal día en la *Gaceta de Madrid* la circular del Ministerio de Gracia y Justicia. Esta resolución debió ser una Real Orden ateniéndonos al contenido de la citada circular que señala «*De Real Orden lo comunico...*». Este Ministerio debió transmitirla como circular fechada al día siguiente de su publicación a los diferentes interesados entre los que podríamos identificar al Ministerio de Ultramar, según se desprende de la reimpresión de 1823 del Código en La Habana, al Secretario de Estado y del Despacho de la Gobernación de la Península, conforme a los citados escritos de los jefes superiores políticos de Vitoria, Zaragoza y Madrid, y a las Audiencias Territoriales conforme a lo señalado por Casabó. Dicha circular fue remitida por los citados ministerios mediante sus respectivas reales órdenes de 30 septiembre de 1823 a los jefes superiores políticos provinciales (probablemente acompañada de un ejemplar del Código penal aunque sólo se dice expresamente en la reimpresión del Código en La Habana) quienes a su vez lo remitirían a los Ayuntamientos de su provincia.

Nosotros en adelante nos referiremos a esta norma como «la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822».

A pesar de la claridad que muestra la citada disposición en relación a la fecha concreta de la entrada en vigor del Código penal, algunos estudiosos de este texto han dudado de que esto se produjera así, incluso los hay que han ido más allá y han afirmado que jamás cobró vigencia, y otros que aunque si la cobró no fue aplicado por los tribunales.

A continuación haremos una síntesis de las menciones y aportaciones existentes relativas a la vigencia y aplicación por los tribunales del Código penal de 1822.

---

(27) Este escrito se encuentra duplicado en las páginas 530 y 532 del Tomo 130. Disponible en <http://www.zaragoza.es/nuba/app/results/?dt=1900&vm=nv&al=6&df=1801&ob=df:1&p=12&st=.1.3.11.28>.

(28) Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003563923&search=&lang=es>.

### 3. VIGENCIA Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES

Varios son los autores que en el s. XIX dan, o parecen dar, a entender en sus obras de forma muy concisa, que el Código penal de 1822 estuvo vigente. De entre ellos destacamos, a Romero Alpuente quien fuera diputado por Aragón en las Cortes extraordinarias de 1821-1822 (29), durante las que se discutió sobre si el citado texto debía esperar su entrada en vigor hasta que lo hiciera el de procedimientos. Este autor en su obra *Historia de la revolución de España en los años 1820 a 1823* (30) afirma: «*El segundo error efecto del orgullo y deseo de lucirse de Calatrava fue la extensión del Código penal compuesto de más de ochocientas leyes (...), y como todas estaban dadas bajo el supuesto de hallarse establecido el juicio de jurados y por no estarlo en vez de suspenderse su ejecución se hizo servir a los tribunales ordinarios creados y nombrados por el despotismo...*» (31). Además en sus *Observaciones sobre la probable disolución del Estado* fechadas el 10 de marzo de 1823 sostiene su argumentación en parte en el artículo 337 del Código penal (32) y ello a pesar de que se opuso a su entrada en vigor en estos términos: «*es de absoluta necesidad acordar que no se ejecute este Código hasta que se apruebe el de procedimientos*» (33).

También cabe mencionar a Arrazola, quien afirma: «*Este código recibió la sanción real, y empezó a regir en nuestra patria.*» (34). Destacamos a este autor por contar con 26 años en 1823 y parecer que su vinculación con el Derecho comienza antes de este año (35).

Otros autores a citar por ser también contemporáneos, aunque más jóvenes, pero que pudieron conocer de primera mano el hecho al que

(29) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo I, Imprenta de J. A. García, Madrid, 1871, p. 2.

(30) Hemos conocido el contenido de esta obra a través de: GIL NOVALES, A., *Historia de la revolución española y otros escritos II*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, pp. 131 y ss.

(31) GIL NOVALES, A., *Historia de la revolución española y otros escritos II. op. cit.* (nota 30), p. 344.

(32) ROMERO ALPUENTE, J., *Observaciones sobre la probable disolución del Estado*, Pascual Arza, La Coruña, 1823, pp. 4 y ss. Disponible en <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7200>.

(33) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, Imprenta de J. A. García, Madrid, 1871, p. 2292.

(34) ARRAZOLA, L., *Enciclopedia española de Derecho y Administración ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias*, Tomo IX, Imprenta de la Revista de Legislación y jurisprudencia, Madrid, 1856, p. 324.

(35) DÍAZ SAN PEDRO, B., «Lorenzo Arrazola. Semblanza de un gran político y un gran jurista», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2004, núm. 11, p. 121.

hacen referencia son: Pacheco, quien afirma que «comenzó a regir como ley de estado» (36). Este autor a pesar de contar con tan sólo 14 años de edad en 1823, emprendió los estudios de jurisprudencia ese mismo año en la Facultad Derecho de Sevilla (37); Gómez de la Serna y Montalbán señalan en una de sus obras que «...en 9 de julio fue sancionado el código penal que cesó con la reacción inaugurada en 1823» (38) y en otra «tenemos el código publicado en 1822, derogado a consecuencia de la reacción de 1823...» (39). Ambos nacieron en 1806 (40) ingresando en 1822 el primero de ellos en la Universidad Central de Madrid para estudiar Derecho (41) y el segundo, sabemos que estudió leyes en la Universidad de Alcalá terminando dichos estudios en 1830 (42), aunque no conocemos la fecha de ingreso; Vizmanos (43) y Álvarez Martínez, quienes apuntan que «el código penal escaso tiempo de vida pudo contar...» (44). El segundo de estos autores nació en 1807 y estudió en la Facultad de Leyes de la Universidad de Valladolid (45) aunque desconocemos la fecha de ingreso.

(36) PACHECO, J. F. *El Código penal concordado y comentado*, Tomo I, Imprenta de D. Santiago Saunaque, Madrid, 1848, p. LVII.

(37) AGUILAR GAVILÁN, E. «Joaquín Francisco Pacheco. Perfil biográfico de un político andaluz», *Boletín de la Real Academia de Córdoba, de Ciencias, Bellas letras y Nobles Artes*, 1988, año LIX, núm. 115, p. 210: «Concluidos en 1823 sus estudios con sobresaliente aprovechamiento, Pacheco marchó a Sevilla para cursar jurisprudencia en su prestigiosa Facultad de Derecho».

(38) GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho penal de España, arreglados al nuevo Código*, Librería de Sánchez, Madrid, 1849, p. 3 en nota a pie de página.

(39) GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, Tomo I, 4.ª ed., Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1851, p. 170.

(40) RUIZ BALLÓN, A., *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Dykinson, Madrid, 2013. p. 63; RUIZ BALLÓN, A. «Montalbán Herranz, Juan Manuel (1806-1889)», en *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)* [en línea]. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Figuerola de Historia y Ciencias Sociales, 2011, Disponible en: <http://www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos> [consultado 24 enero 2018].

(41) RUIZ BALLÓN, A., *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871)... op. cit.* (nota 40), pp. 67-68.

(42) RUIZ BALLÓN, A., «Montalbán Herranz, Juan Manuel (1806-1889)», *op. cit.* (nota 40).

(43) No hemos podido obtener biografía alguna de este autor.

(44) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Nuevo Código penal*, Tomo I, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. XL.

(45) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. del M., «Álvarez Martínez, Cirilo», en ANES ÁLVAREZ DE CASTRILLÓN, G. *Diccionario biográfico español*, Vol. III, Real Academia de la Historia, Madrid, 2009, p. 581.



Por último haremos referencia a autores nacidos en fechas más próximas al *trienio liberal*, durante el mismo o posteriormente, y que por tanto no pudieron conocer de primera mano la cuestión a la que hacen referencia: Vicente y Caravantes, nacido en 1817 (46), asevera que una vez «*verificada la reacción política de 1823 cesó de regir este Código*» (47); Domingo de Morató, también nacido en 1817 (48), expone «*...reforma que se llevó a cabo con la promulgación del Código penal del año 1822, el cual derogado poco después, no ha llegado a restablecerse...*» (49); Mas y Abad (1819-1883) (50) pone de manifiesto que «*después de muchos años de regir las leyes penales, diseminadas en nuestros códigos, sin más intervalo que el tiempo de observancia de la sancionada el 27 de Julio de 1822, y de esperar; el 19 de Marzo de 1848 apareció el Código Penal anhelado*» (51); Martínez Alcubilla (52), que vino al mundo en pleno *trienio*, en 1821, indica que «*no bien había sido publicado el Código de 1822, primero que ha tenido España, cuando fue derogado en 1823*» (53); Pérez Pujol (1830-1894) (54), explica: «*Este Código apenas rigió un año, pues, en 1823. Fernando VII declaró la nulidad de todo lo hecho durante el período constitucional*» (55). Romero Girón, nacido en

(46) CACHÓN CADENAS, M., «Algunos datos inéditos sobre José de Vicente y Caravantes», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 2012, núm. 2, p. 137.

(47) VICENTE Y CARAVANTES, J., *Código penal reformado, comentado novísimamente*, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid, 1851, p. XVI.

(48) MUÑOZ GARCÍA, M. J., «Domingo de Morató, Domingo Ramón (1817-1889)», en *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*, *op. cit.* (nota 40), [consultado 24 enero 2018].

(49) DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *Estudios de ampliación de la Historia de los Códigos españoles y de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, Imprenta de D. M. Aparicio, Valladolid, 1856, p. 296.

(50) Parece que nació en 1819. Este dato solo hemos podido encontrarlo en Wikipedia. [https://ca.wikipedia.org/wiki/Celest%C3%AD\\_Mas\\_i\\_Abat](https://ca.wikipedia.org/wiki/Celest%C3%AD_Mas_i_Abat) [consultado 24 enero 2018].

(51) MAS Y ABAD, C., *Código penal reformado por ley de 17 de junio de 1870*, Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra, Madrid, 1870, p. III. Aunque con un error, pues el Código penal de 1822 fue sancionado el 27 de junio de 1822, este autor está haciendo referencia a la vigencia de dicho código.

(52) OSSORIO Y BERNARD, M., *Ensayo de Periodistas Españoles del Siglo XIX*, Imprenta y litografía de J. Palacios, Madrid, 1903. p. 258.

(53) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración española*, Tomo II, 3.<sup>a</sup> ed., Imp. de la V. é hijas de A. Peñuelas, Madrid, 1877, p. 326.

(54) PETIT, C., «Pérez Pujol, Eduardo (1830-1894)», en *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*, *op. cit.* (nota 40), [consultado 1 abril 2018].

(55) PÉREZ PUJOL, E., *Historia general del Derecho Español: apuntes de las explicaciones del Excmo. Sr. D. Eduardo Pérez Pujol tomados por sus discípulos A. G. B. y A. A. B.: Curso de 1885 á 1886*, Imprenta de la Viuda de Amargós, Valencia, 1886, p. 422.

1835 (56), señala «...entonces apareció la primera obra de codificación penal que registra nuestra historia, que es el Código de 1822, cuya duración fue muy escasa.» (57); y por último Silvela (1839-1903) (58), autor que introduce cierta confusión al entender que este Código estuvo vigente desde el momento de su promulgación, esto es, desde el 9 de julio de 1822, cuestión que ya hemos visto no fue así debido a la disposición publicada en la Gaceta de 27 de septiembre de 1822 por la que se aplazaba su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 1823. Efectivamente en 1874 apunta a esta posibilidad sin entrar al detalle, solo refiere que estuvo vigente «*algunos meses de 1822 a 1823*» (59). Posteriormente afirma en su Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas leído el 8 de abril de 1894, refiriéndose al Código que tratamos, que «*empezó a regir oficialmente en 9 de Julio de 1822*» (60), a lo que añade que «*es dudoso que llegase a aplicarse efectivamente, dadas las dificultades prácticas que desde luego se presentaron*».

Esto demuestra que ya en el último cuarto del siglo XIX había un cierto desconocimiento sobre la suerte corrida por este texto tras su promulgación. Esta situación se prolongó prácticamente durante las tres primeras cuartas partes del S. XX, encontrándonos básicamente dos posiciones diferenciadas entre los autores, los que sostienen que

---

(56) OSSORIO Y BERNARD, M., *Ensayo de Periodistas Españoles del Siglo XIX*, op. cit. (nota, 52), p. 393.

(57) ROMERO GIRÓN, V., «Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo», en *La España del siglo XIX. Colección de conferencias históricas celebradas durante el curso de 1886-87*, Tomo III, Librería de Don Antonio San Martín, Madrid, 1887, p. 176.

(58) ÁLVAREZ, C., «Silvela y Delevilleuze, Luis (1839-1903)», en *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1943)*, op. cit. (nota 40), [consultado 24 enero 2018].

(59) SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Tomo I, Imprenta de T. Fortanet, Madrid, 1874, p. 338: «*Ejemplo de ello es nuestra patria, que hasta el año de 1848, salvo el efímero período de algunos meses de 1822 a 1823, como antes y después había sucedido a otros pueblos, se regía en lo relativo a Delitos y Penas, por el Derecho natural...*».

(60) SILVELA, L., «Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles: expositor de su sistema en España», en *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y políticas en la recepción pública del Excmo. Señor Don Luis Silvela*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1894. p. 39. Disponible en: [https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/discursos\\_leidos\\_silvela/index.htm](https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/discursos_leidos_silvela/index.htm). También en: <https://anfisenablog3.files.wordpress.com/2017/02/discurso-luis-silvela-1894.pdf> en cuyo caso la cita se encuentra en la página 41.

estuvo vigente desde la promulgación (61) y los que niegan su vigencia o casi lo hacen (62).

Entre los primeros nos encontramos a: Jiménez de Asúa en 1933: «*la vida de este Código –que Silvela niega– fué harto breve: estuvo en vigor un año y tres meses*» (63); Sánchez Tejerina, en 1950: «*Solamente estuvo en vigor un año o poco más, según parece*» (64). Puig Peña en 1952: «*La vida del código de 1822 fue brevísima –un año y tres meses– ...*» (65) Del Rosal en 1953: «*Sale nuestro primer Código penal con los días contados, pues su vigencia va vinculada a los altibajos de la lucha política, y tan sólo contó de duración un año y tres meses...*» (66)

Entre los que niegan su vigencia hallamos a: Coll y Pujol quien en 1901 considera que debido a que fue un Código tildado de afrancesado y redactado por personas contrarias al régimen absolutista dio «*por resultado que (...) no llegara a regir en España*» (67); Salillas (68), en 1919: «*El Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, como no tuvo vida, relegado al nacer y olvidado del todo, no le siguieron los expositores y comentadores*»; Castejón, en 1953: «*...el Código de 9 de julio de 1822, que en opinión de juristas contemporáneos no llegó a regir en la práctica...*» (69); Quintano Ripollés, en 1963:«*...fueron factores que hacen dudar que el Código*

(61) Hasta no hace mucho aún se presentaban algunas reminiscencias, *vid.*: SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Compendio de Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 363.

(62) También quedan algunos vestigios, *vid.*: QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal de España*. Iustel, Madrid, 2017, pp. 33-34.

(63) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Manual de Derecho penal*, Volumen primero, Editorial Reus, Madrid, 1933, p. 139.

(64) SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho penal español*, Tomo I, 5.ª ed., Imprenta y Litografía Juan Bravo, Madrid, 1950 (1954 en la portada), p. 44. Sólo hemos podido consultar la quinta edición de esta obra probablemente ya en la primera edición, que es de 1937, afirmara lo mismo.

(65) PUIG PEÑA, F., «Código penal», en *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo IV, Francisco Seix, Barcelona, 1952, p. 338.

(66) DEL ROSAL, J., *Derecho penal (lecciones)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1953, p. 138.

(67) COLL Y PUJOL J., *Programa de Derecho penal. Curso de 1901 á 1902* [s. n.], Barcelona, 1901, p. 195.

(68) SALILLAS, R. *Evolución penitenciaria en España II* (Reimp. facsímil), Analecta, Pamplona, 1999, p. 243.

(69) CASTEJÓN, F., «Apuntes de historia política y legislativa del Código penal de 1848», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1953, 2.ª época, tomo XXV, p. 109. Este autor no acompaña su afirmación de ningún ejemplo de jurista contemporáneo que diga tal cosa (desconocemos si se refiere a juristas contemporáneos a él mismo o al Código).

penal de 1822 llegase a tener efectiva validez. En cuyo caso el primero realmente vigente habría sido el de 1848» (70); Sevilla Andrés, en 1968: «Igualmente se debe considerar el aprobado y no puesto en vigencia Código Penal...» (71)

Nos detendremos un poco más en el análisis del artículo que Alonso Alonso (72) dedicó a este Código en 1946, probablemente el primero consagrado principalmente a tratar su vigencia, en el que llega a la conclusión de que jamás la tuvo. Este autor deduce «un nuevo aplazamiento de la entrada en vigor» de este cuerpo normativo, tras la realizada en septiembre de 1822, al entender que quedaba su suerte unida a la aprobación del Código de procedimiento y como la vuelta al absolutismo impidió esto, aquel nunca cobró vigencia. Llega a esta solución tras estudiar los debates parlamentarios de los días 4 y 5 de enero de 1823 relativos a un dictamen (73) de la comisión del Código de procedimientos sobre la suspensión de la puesta en práctica del Código penal. Este dictamen se elaboró como consecuencia de las consultas elevadas por el Tribunal Supremo al gobierno sobre las dificultades que se encontraban para dicha puesta en práctica (74), que principalmente serían la ausencia de la institución del jurado y de los establecimientos para el cumplimiento de las penas correccionales (75). Como ya hemos visto la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822 en su punto 3.º daba respuesta al primero de los problemas al permitir que los jueces de derecho ejercieran transitoriamente las funciones del jurado (76), sin embargo el Tribunal Supremo

(70) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal I*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1963, p. 108.

(71) SEVILLA ANDRÉS, D., *Historia política de España (1800-1973)*, Editora Nacional, Madrid, 1968, p. 60.

(72) ALONSO Y ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 9).

(73) La última redacción de este dictamen fue presentada y sometida a votación el día 5 de enero de 1823, el texto es el siguiente: «*Que se suspenda por ahora la observancia del Código penal hasta que se publique el de procedimientos, en cuyo intermedio el Gobierno tendrá preparados del mejor modo posible los establecimientos de castigo y corrección que son indispensables para la aplicación y clasificación de las penas que el mismo Código establece*». *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1248.

(74) *Idem*, pp. 1133, 1205 y 1233.

(75) Estas dificultades son las que afloran en los debates parlamentarios de los días 4 y 5 de enero de 1823 ya que no conocemos de forma directa el contenido de las consultas elevadas al Gobierno por el Tribunal Supremo.

(76) El apartado 3.º dice así: «3º *Que hasta que se establezcan legalmente los jueces de hecho para los casos a que se refiere el mencionado artículo, continúen los de derecho como hasta aquí...*». Además una Orden fechada el 26 de noviembre de 1822 publicada en la *Gaceta de Madrid* de 12 de diciembre de ese mismo año,

entendía que eran las Cortes el órgano competente para dictar estas normas supletorias y no el Gobierno (77). Las Cortes acordaron por 72 votos frente a 59 no haber lugar a votar tal dictamen y fue devuelto a la citada Comisión, ante lo que el Sr. Núñez indicó que convendría se nombrase una comisión especial «*para que informase de este negocio*» y a pesar de que no se resolvió nada al respecto, como recoge el Diario de sesiones (78), de esta última manifestación Alonso Alonso (79) deduce un nuevo aplazamiento. Fiestas Loza (80), sin embargo, entiende que «*la decisión, por parte de las Cortes, de no votar el dictamen de la comisión de Procedimientos y de no acceder a la petición de NUÑEZ, hace entrever, más que «un nuevo aplazamiento de la entrada en vigor del Código penal», un deseo de eliminar los obstáculos que se opusieran a dicha entrada en vigor*». Casabó se muestra aún más duro y considera las deducciones de Alonso Alonso «*absolutamente infundadas*» (81).

Ciertamente sorprende que Alonso Alonso llegara a esta conclusión tan radical. Por un lado, porque conocía y manejó para la elaboración de su estudio las obras de Pacheco, Vicente y Caravantes y Silvela, quienes, como hemos visto, afirmaban la entrada en vigor del Código de 1822 aunque de forma muy parca los dos primeros y errónea el tercero al no tener en cuenta o desconocer el aplazamiento de septiembre

---

encargaba a las diputaciones provinciales implantar los establecimientos de corrección encomendando a las mismas en su artículo 7 que hicieran observar «*una instrucción provisional*» que comprendiera «*las disposiciones más necesarias*» para tal fin (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1822/362/A01828-01828.pdf>).

(77) Así lo expone el Sr. Argüelles en la sesión de Cortes del día 4 de enero de 1823: «*la diferencia de opiniones entre el Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia consiste en que el Gobierno se cree autorizado para remover estos obstáculos, y el Tribunal Supremo de Justicia dice (...) que no es al Gobierno a quien pertenece resolver estas dificultades sino a las Cortes*» [Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1241].

(78) «*Entonces manifestó el Sr. Núñez (D. Toribio) que convendría se nombrase una especial para que informase de este negocio, pues si había de hacerlo la que estaba encargada del Código de procedimiento criminal, necesitaría para ello más tiempo que para presentar el expresado Código; pero no se resolvió nada sobre esta indicación*». (*Idem*, p. 1249).

(79) ALONSO Y ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 9), pp. 13-14: «*Parece lo más natural que, vuelto a la Comisión dicho dictamen en virtud de la resolución adoptada por las Cortes el día 5, inmediatamente se pusiera el Código en ejecución, pero la nota que aparece a continuación de la resolución adoptada, y que presenta el señor Nuño, nos hace entrever un nuevo aplazamiento en la entrada en vigor del Cuerpo legal nacido con tan escasas posibilidades de viabilidad*».

(80) FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *Revista de Historia del Derecho*, 1977-1978, p. 66.

(81) CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822*, *op. cit.* (nota 3), p. 176.

de 1822; por otro, porque si bien es cierto que en varias de las intervenciones de los diputados en los debates de los días 4 y 5 de enero de 1823 parece inferirse que el Código aún no estaba vigente (82), sin embargo en nuestra opinión una lectura global permite conocer que de lo que trata este debate no es sobre un nuevo aplazamiento sino de la suspensión de su observación, conforme a la última redacción del dictamen propuesto por la comisión y que hemos reproducido en nota a pie de página, lo que parece presuponer su vigencia.

La segunda acepción del verbo «suspender» recogida en el diccionario de 1822 es: «*Detener o parar por algún tiempo o hacer una pausa*» (83), es decir, para emplear con propiedad esta palabra ha de ser sobre algo que ya está en marcha, en nuestro caso vigente. Ciertamente no es fácil saber si se estaba utilizando del modo apropiado.

Las dos manifestaciones más claras que podemos encontrar de que es así, se encuentran en la sesión de 4 de enero de 1823: 1. El Sr. Ruiz de la Vega, quien se mostró favorable al dictamen, decía: «*Entonces se trataba de que el Código penal, fuese a la sanción, Y los acuerdos de las Cortes en esta parte tuvieron su efecto, pues está sancionado y se ha mandado por el Gobierno que comience a tener efecto desde 1.º de Enero de este año, con lo que parece que están los deseos de las Cortes cumplidos en este punto; pero ahora se trata de otra cosa muy distinta. Que es el modo de llevarlo a efecto...*» (84); 2. El Sr. Argüelles aseguraba: «*...tanto el Tribunal Supremo de Justicia como el Gobierno han dicho que desde el primer día de enero de este año caen en responsabilidad los magistrados que se separen de lo establecido en el Código penal*» (85).

---

(82) A título de ejemplo: Sr. Falcó: «*...Yo quisiera que sin aguardarse a que estuviese vigente el Código de procedimientos, se diese un plazo dentro del cual hubiera de regir el penal*» [*Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1236]; Sr. Prado: «*El gobierno dio después una orden para que empezase a regir desde 1.º de Enero de este año, y cuando toda la Nación esperaba que así se hiciese, venimos a parar por este dictamen en que no se lleve a efecto hasta que se discuta el de procedimientos*». Sin embargo este mismo diputado al final de su intervención hablaba claramente de suspensión: «*Por todas estas razones, opino que no debe acordarse la suspensión, pudiendo solo consentir que propongan aclaraciones que se crean necesarias para ponerlo en práctica.*» (*Idem*, pp. 1237-1238); Sr. Argüelles: «*Cuando he dicho que podría autorizarse a los jueces de derecho para ejercer las funciones de jueces de hecho, ha sido en la inteligencia de que la responsabilidad pesará sobre ellos como tales desde el momento en que empieza a regir el Código penal*» (*Idem*, p. 1248).

(83) *Diccionario de la Lengua Castellana*, *op. cit.* (nota 13), p. 778.

(84) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), pp. 1238-1239.

(85) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1240.

Por todo lo expuesto pensamos que Alonso Alonso debería haber sido más prudente. No obstante a este autor cabe atribuir el haber dado a conocer la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822 (86).

Precisamente con mesura se guía en 1965 Antón Oneca quien tras indicar que no se encuentra tras la citada disposición publicada en la Gaceta de 27 de septiembre de 1822 ningún acuerdo que suspendiera la entrada en vigor del Código, consideraba que *«dada la vigencia oficial solo por unos meses; el hábito de los Tribunales al arbitrio judicial del antiguo régimen y la natural resistencia a aprender y aplicar ley tan complicada y distinta, junto a los azares de la guerra, que mantuvo simultáneamente autoridades de uno u otro partido en los diferentes lugares de España, se puede pensar que la aplicación del Código debió ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual»* (87)

Casabó Ruiz termina con la incertidumbre relativa a la vigencia y aplicación del Código penal de 1822 al dedicar su tesis doctoral al mismo. Fechada en 1968, permanece inédita (88), sin embargo podemos conocer el contenido de la misma en relación a la cuestión que nos ocupa a través de un artículo del propio autor publicado en 1979, titulado «La aplicación del Código penal». En él, comienza por afirmar que *«desde el punto de vista formal, el Código entró en vigor el 1.º de enero de 1823»* aduciendo la misma razón que Antón Oneca, la ausencia de *«disposición alguna que suponga un nuevo aplazamiento»* (89), para continuar exponiendo algunos datos que a su juicio demostrarían su entrada en vigor y aplicación (90):

1. Un escrito fechado el 10 de febrero de 1823 dirigido al señor Secretario del Despacho de Gracia y Justicia en el que se señala que el jefe político de la Provincia de Valencia afirma que el 1 de febrero de 1823 se publicó en esta ciudad el Código penal aunque en la Audiencia Territorial *«ya regía dicho Código desde 1.º de enero último»*.

2. El discurso pronunciado por el Regente de la Audiencia de Valencia con ocasión de la apertura del Tribunal, el día 2 de enero

---

(86) ALONSO ALONSO, J. M., «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 9), pp. 10-11.

(87) ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1965, tomo XVIII, fasc. II, pp. 274-275.

(88) Cuando prácticamente teníamos concluida la parte de este trabajo relacionada con el artículo de 1979 de CASABÓ, la Universidad de Valencia muy amablemente nos ha remitido una copia de esta tesis, por ello tan sólo hemos añadido a lo que ya habíamos realizado las omisiones que hemos considerado importantes que el citado artículo presenta respecto de dicha tesis.

(89) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822». *op. cit.* (nota 8), p. 334.

(90) *Idem*, pp. 337-341.

de 1823 en el que manifiesta «*Vamos a entrar en el delicado ensayo del Código penal, que requiere un estudio no interrumpido, y una meditación tanto más detenida cuanto falta el jurado de hecho y el Código de procedimientos. Dedicuémonos, como es nuestro deber, a imponernos filosóficamente de todos los artículos de su sanción, y no perdamos de vista, alejándonos de la arbitrariedad, las respetables circunstancias de la época en que se manda observar, y la de la comisión de los delitos*» (91).

3. Una noticia aparecida en la sección de tribunales del Diario de la Ciudad de Valencia de 5 de marzo de 1823 (92) en la que se detalla lo siguiente: «*en 28 del mismo Febrero ha recaído definitivo con arreglo a lo prevenido en Código penal, absolviendo a Rosell, y condenado a Tomás Prosper...*»

4. Una noticia divulgada en el Correo murciano (93) de 8 de marzo de 1823 que reza: «*Francisco González no ha sido juzgado por tener 13 años, según se previene en el código penal*».

5. Otras noticias difundidas en el Diario de la Ciudad de Valencia que sin hacer mención expresa al Código penal, se recogen condenas propias del mismo: «*el «Diario de la Ciudad de Valencia» del 7 de marzo de 1823 se hace eco de condenas a cuatro años de obras públicas, dos años de obras públicas y de cárcel; y el del 13 del mismo mes recoge una condena por heridas a dos años de obras públicas*» (94).

6. Unas manifestaciones de las que se desprende su aplicación por la Audiencia de Zaragoza realizadas al discutirse el Código de 1848 en la sesión del 14 de mayo de ese mismo año por el diputado José Alonso: «*...y si no nos va a suceder lo que sucedió cabalmente*

---

(91) Al estudiar la tesis de Casabó hemos añadido el último párrafo, a partir de «dediquémonos», que se omite en el posterior artículo ya que nos parece muy importante puesto que sólo la primera parte no sería concluyente debido al tiempo verbal, utilizado, «*vamos a entrar...*», al dejar abierta la posibilidad de que aún no estuviera vigente, cuestión diferente es que hubiera dicho «*hemos entrado...*» [CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822, op. cit.* (nota 3), p. 192].

(92) Una buena colección de este diario está disponible en línea en la Biblioteca de la Universidad de Valencia ([http://webliblioteca.uv.es/cgi/view.pl?source=uv\\_se\\_b10210349](http://webliblioteca.uv.es/cgi/view.pl?source=uv_se_b10210349)), en ella hay un ejemplar correspondiente a esta fecha sin embargo nosotros no hemos podido encontrar la referencia que hace CASABÓ, desconocemos cual pueda ser el motivo, quizá falten páginas, aunque no parece así, o el autor se refiera a otro diario de nombre similar.

(93) Se puede encontrar este ejemplar en los fondos digitalizados de la hemeroteca del Archivo Municipal de Murcia (<http://www.archivodemurcia.es/pandora.aspx?nmenu=4&sub=3&letra=pkdzoktwnohvva>).

(94) Tampoco hemos podido encontrar tales noticias a pesar de haber consultado las ediciones de las fechas citadas de este diario en la ya señalada Biblioteca de la Universidad de Valencia.



*con el Código penal que se discutió en 1822. Cuatro meses que nos dejaron los facciosos y los nietos de San Luis administrando justicia con arreglo a aquel Código resultaron en sólo la Audiencia de Zaragoza una porción de sentenciados a trabajos forzados...».*

Estas aportaciones que hemos enumerado de 3 a 6 son muy relevantes ya que no sólo demuestran que el Código penal estuvo vigente, sino que también fue aplicado por los tribunales.

7. Disposiciones legales de 1823 que se remiten al Código penal (95):

a) Art. 105 de la Ordenanza general para reemplazo del Ejército de 3 de febrero de 1823 (96): «*Los prófugos serán destinados al servicio por el tiempo ordinario con el aumento de la tercera parte a la mitad mas, según lo establecido en el artículo 577 del código penal*». (97)

b) Diversas disposiciones de 15 de agosto (98) que se remiten o hacen referencia al Código penal: art. 2 de la relativa al establecimiento de sanciones para quienes obtengan condecoraciones de los enemigos (99); art. 1 de la concerniente a las reuniones de cofradías

---

(95) Según hemos podido comprobar en la tesis, Casabó obtuvo estos datos de los Reales Acuerdos de la Audiencia de Valencia, año 1823. CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822*, op. cit. (nota 3), p. 190, nota 33 y ss.

(96) Se trata del Decreto XXVII (*Colección de la decretos y órdenes generales expedidos por las cortes extraordinarias*, Tomo X, Imprenta de Don Tomás Albán y compañía, Madrid, 1823, p. 101-128).

(97) También el art. 66 de esta misma Ordenanza se remite al mismo artículo del Código penal.

(98) Estas disposiciones surgen a raíz de las proposiciones que presentaron el Sr. González Alonso y otros el 29 de abril de 1823, diez de las cuales fueron admitidas en la sesión de 2 de mayo para su discusión (*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit., pp. 35 y 47). Suponemos que Casabó señala esta fecha de 15 de agosto porque sería cuando estas disposiciones fueron publicadas en Valencia debido a que su fuente fueron los indicados Reales Acuerdos de la Audiencia de Valencia. En Cádiz fueron publicadas el 14 de agosto por el jefe superior político según muestra Castro (CASTRO, A., *Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz*, II, Imprenta de P. Pérez de Velasco, Madrid, 1913, pp. 402-404). Lo cierto es, como veremos, que fueron decretadas por las Cortes en diversas fechas.

(99) Esta disposición fue decretada por las Cortes el 28 de junio y fue publicada en las mismas en la sesión de 16 de julio de 1823 mandándose dar aviso para su promulgación [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13), p. 337]. Debió ser promulgada por el rey el 20 de julio pues esta es la fecha en que está firmado el texto íntegro de la misma que se puede encontrar en la *Gaceta Española* de 12 de agosto de 1823, p. 460 (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/125/D00460-00460.pdf>).

religiosas (100); la referente a quienes solicitan cargos del ejército invasor (101); art. 6.º de la relativa a la responsabilidad de los pueblos donde se persiga a los constitucionales (102). Art. 2 de la referida a los que promueven enajenaciones con el ejército francés (103).

c) Arts. 2, 6, 7, 18 y 23 de la Ley segunda adicional a la de imprenta (104).

---

(100) Esta disposición fue decretada por las Cortes el 28 de junio y publicada en las mismas en la sesión de 16 de julio de 1823 mandándose dar aviso para su promulgación [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 337]. Debió ser promulgada por el rey el 20 de julio pues esta es la fecha en que está firmado el texto íntegro de la misma que se puede encontrar en la *Gaceta Española* de 30 de agosto de 1823, p. 532 (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/143/D00532-00532.pdf>).

(101) Esta disposición fue decretada por las Cortes el 28 de junio y publicada en las mismas en la sesión de 22 de julio mandándose dar aviso para su promulgación (*Idem.*, p. 356). Debió ser promulgada por el rey el 27 de julio pues esta es la fecha en que está firmado el texto íntegro de la misma que se puede encontrar en la *Gaceta Española* de 10 de agosto de 1823, pp. 451-452 (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/123/D00451-00452.pdf>). Casabó en su tesis hace referencia a los arts. 1, 6 y 8 [CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822, op. cit.* (nota 3), p. 180]. También el art. 4 se remite al Código penal.

(102) Entendemos que esta disposición fue publicada en las Cortes en la sesión de 28 de julio, que recoge la publicación de un proyecto de ley «sobre el modo de indemnizar a los amantes de la libertad de los perjuicios que sufran por los enemigos de ella», mandándose dar aviso para su promulgación [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 337]. Debió ser promulgada por el rey el 2 de agosto pues esta es la fecha en que está firmado el texto íntegro de la misma que aparece en la *Gaceta Española* de 17 de agosto de 1823, p. 480 (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/130/D00480-00480.pdf>). También el art. 1 hace referencia al Código penal.

(103) Esta referencia sólo aparece en la tesis de Casabó no en el posterior artículo (CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822, op. cit.* (nota 3), p. 181). Esta disposición fue decretada por las Cortes el 28 de junio y publicada en las mismas en la sesión de 16 de julio de 1823 mandándose dar aviso para su promulgación [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 337]. Debió ser promulgada por el rey el 10 de agosto pues esta es la fecha en que está firmado el texto íntegro de la misma que aparece en la *Gaceta Española* de 15 de agosto de 1823, pp. 471-472 (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/128/D00472-00472.pdf>).

(104) Casabó también toma como fecha de esta disposición el 15 de agosto, lo cierto es que fue decretada por las Cortes el 22 de junio de 1823 y publicada en las mismas el 28 de julio de 1823 mandándose dar aviso para su promulgación (*idem.*, p. 377), que debió producirse el 2 de agosto pues esta es la fecha en que está firmado el texto íntegro de la misma que se puede encontrar en la *Gaceta Española* de 29 de agosto, pp. 527-528. (Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/142/D00527-00528.pdf>) Además de los preceptos señalados por este autor, también los arts. 8 y 9 hacen referencia al Código penal. Fue publicada en Cádiz el 14 de agosto por el jefe superior político [CASTRO, A., *Cortes de Cádiz, op. cit.* (nota 98), pp. 402-404].

No se trataría de datos incontestables que demuestren la vigencia del Código penal pues hay decretos anteriores a su entrada en vigor formal (1 de enero de 1823) que también hacen referencia al mismo, por ejemplo el art. 1.º del Decreto de 3 de diciembre de 1822 (105) por el que se fijan los gastos y derechos que han de exigirse en lo sucesivo por la ejecución de las sentencias de muerte que reza: «*Siendo preciso para la ejecución de las sentencias, de pena capital levantar un cadalso en la forma prevenida en el código penal...*»; o el art. 34 del Decreto XVI de diciembre de 1822 que establece el Reglamento provisional de policía que señala: «*Velarán, bajo la misma responsabilidad, sobre la observancia del uso y abuso de armas prohibidas, en la forma que lo son por el código penal*» (106). No obstante creemos que el razonamiento de Casabó es correcto: «*Todas estas leyes de guerra, que llevan fecha de 15 de agosto de 1823, al remitirse al Código penal tácitamente están demostrando su vigencia real, ya que carecería de sentido, dadas las circunstancias, que se refirieran a una ley que estuviese en suspenso*» (107);

8. Dos resoluciones de las Cortes que establecen la aplicación de dicho texto. Una de la Comisión de Legislación al responder a una consulta de la Audiencia de Valencia sobre la pena aplicable a los alcal-des constitucionales que en el ejercicio de jueces de primera instancia infringen la Constitución: «*...se resolvió que debía imponérseles las penas señaladas en el capítulo II de la ley de 24 de marzo «en los casos anteriores a la publicación del Código penal y desde aquella fecha por el Código»*»; Otra de la Comisión de Casos de responsabilidad relativa al Conde de Cartagena «*que halló en la conducta de éste «el crimen de conspiración contra el sistema constitucional, infringidas las disposiciones del Código penal y ley orgánica del ejército»*».

9. Diferentes manifestaciones recogidas en los diarios de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823: a) En la sesión del día 17 de mayo, Calatrava dijo: «*creo que mientras no se derogue el artículo del Código penal que se ha leído...*»; b) En la sesión del 18 de mayo, González Alonso afirma: «*El Código penal está vigente*». c) En la sesión de 9 de julio el Secretario de Gracia y Justicia indica que la sanción prevista para los empleados públicos que no siguieron al gobierno «*era un castigo que se daba gubernati-*

(105) *Colección de la decretos y órdenes generales espedidos por las cortes extraordinarias, op cit. (nota 13), pp. 39-40*

(106) *Colección de la decretos y órdenes generales espedidos por las cortes extraordinarias, op cit. (nota 13), p. 53*

(107) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 8), p. 339

vamente, sin perjuicio del cumplimiento de lo que el Código penal prescribe en esta parte». d) Una propuesta de la comisión de libertad de imprenta aprobada en la sesión del día 12 de julio para que se autorizara la publicación en un cuaderno distintas disposiciones legislativas y varios artículos del Código penal «*expresándose al pié de cada artículo cuando estén derogados o variados por alguna disposición posterior*» (108).

10. Un dictamen emitido por el Consejo de Estado en relación a la existencia de unos presos en Cádiz y en el Puerto de Santa María, cuyas causas se encontraban en Sevilla, ocupada por las tropas absolutistas en el que se propone «*que los presos que lo estuvieran por delitos graves, cuyas causas deban continuarse cuando se pueda usar de ellas, deben ser completamente indemnizados en las sentencias de los daños y perjuicios que les hayan causado la detención bien sea computándoles el tiempo de ella en la condena que se les imponga observada la proposición que se establece en el artículo 111 del Código penal, o del modo prevenido en el 181 si fueren absolutos*» (109).

11. Un escrito firmado en Cádiz el día 3 de agosto de 1823 dirigido por el Secretario de Gracia y Justicia a las Cortes en relación a los mismos presos citados en el apartado anterior en el que manifiesta «*...y aunque S. M. además ha procurado minorar los males ya (...), ya indultando algunos de los presos cuando lo han permitido sus causas anteriores a la época del Código penal, fácil es conocer que esto no basta si no se agrega otro remedio extraordinario (...). Tal considera S. M. que podría ser el que con la autorización de las Cortes se adoptase sustancialmente la propuesta del Consejo de Estado en los términos siguientes: 1.º Que sin perjuicio de que se formen de nuevo las causas que puedan formarse respecto de los presos existentes en país libre cuyos procesos hayan quedado pendientes en el ocupado*

---

(108) Esta manifestación la hemos introducido al estudiar la tesis de Casabó, Además recoge otras aunque solo hemos destacado esta por ser la más relevante de cara a demostrar la vigencia del Código penal [CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822*, op. cit. (nota 3), pp. 187-190].

(109) Como veremos en la sesión de Cortes de 4 de agosto de 1823 se aprobó un dictamen de la Comisión de legislación relativo a estos presos [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13), p. 417]. Podemos encontrar el Decreto en la *Gaceta española* de 15 de agosto de 1823, p. 472. Está compuesto de 8 artículos, haciendo referencia al Código penal el 4.º, relativo a indultos, y el 7.º que viene a recoger lo que cita CASABÓ. Transcribimos el último párrafo por presentar algunas diferencias con lo señalado por esta autor: «*...observada la proporción que se establece en el art. 114 del código penal, o del modo prevenido en el 181 si fueren absueltos*». Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/128/D00472-00472.pdf>.

*pueda S. M. por esta vez sola y sin embargo, de lo dispuesto en el Código penal, indultar de penas corporales a cualquiera de dichos presos que no lo esté por alguno de los delitos exceptuados en el artículo 160 del mismo Código...».*

12. También referido a este asunto de los presos, en la sesión de las Cortes de 4 de agosto de 1823 se aprobó un dictamen de la comisión de legislación en el que se señala que los mismos deben ser «*indemnizados de los perjuicios que por estos se les ocasione, según lo prevenido en el Código penal*». (110)

13. Reproducción en el Diario de la Ciudad de Valencia del 26 de febrero de 1823 de un edicto del Jefe Político superior de la provincia de Cádiz en el que se puede leer: «*Considerando mi deber en la actual crisis hacer saber a los ciudadanos las penas en que incurrirán los que tal vez por ignorancia de ellas contribuyen a las miras de los malvados (...), hago saber a todos que el título 3.º, capítulo 2.º, artículo 280 del Código penal decretado por las cortes se previene lo siguiente...*» (111)

14. Un escrito de la Audiencia de Mallorca dirigido al gobierno fechado el 14 de enero de 1823 en el que se pone de manifiesto una queja del Colegio de abogados en la que se dice que a pesar del aplazamiento de la entrada en vigor hasta el 1.º de enero, los colegiados carecían de instrucción en el Código penal debido a la ausencia de ejemplares en la isla y solicitan que se provea de ellos, ante lo cual la

---

(110) Este punto ha sido añadido al estudiar la tesis de Casabó ya que en el artículo se hace referencia a lo mismo pero de forma mucho más breve pareciendo mucho menos trascendente [CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822. op. cit.* (nota, 3), p. 192].

(111) No hemos podido hallar la noticia tal y como la presenta Casabó, el *Diario de la Ciudad de Valencia* de esa fecha que hemos consultado presenta la misma pero no el contenido literal del edicto: «*En la ciudad de Cádiz se ha perturbado la tranquilidad pública (...) Las acertadas providencias tomadas por D. Bartolomé Gutiérrez Acuña, jefe político de aquella provincia, y el haber mandado publicar la ley de asonadas del título 3.º, capítulo 2.º, artículo 280 del código penal lograron restablecer el orden y la tranquilidad del pueblo gaditano.*». Sin embargo hemos encontrado dicho contenido en varios periódicos de la época: *Diario Mercantil de Cádiz* de 14 de febrero de 1823 (disponible en <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002041871>); *El Espectador* de 21 de febrero de 1823, p. 212 (disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0004223402&page=1&search=&lang=es>); *El Universal* de 21 de febrero de 1823 (disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003630158&page=3&search=penal&lang=es>); *Diario Constitucional de Palma* de 11 de marzo de 1823, p. 3 (disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002237318>).

Audiencia acordó poner a disposición de los abogados en la Secretaría el ejemplar que tenía. (112)

15. Un oficio fechado el 23 de abril de 1823 dirigido al Secretario de Gracia y Justicia en el que dice: «*Excmo. Sr. El Jefe Político de la provincia de Alicante con fecha de 12 de este mes me dice lo que sigue: Rigiendo en la Península desde 1.º de enero de este año el Código penal...*» (113)

Todos los elementos que expone Casabó, algunos más relevantes que otros, demuestran sin lugar a dudas que el citado Código estuvo vigente y se aplicó por los jueces y tribunales.

No obstante al permanecer inédita, la tesis de Casabó tarda en tener repercusión, en 1974 sin citar fuente alguna encontramos una brevísima referencia realizada por Sevilla Andrés: «*El Código consta se aplicó en Valencia (Casabó)*» (114), y en 1976 Cerezo Mir (115) en nota a pie de página cita textualmente una parte de un «*breve extracto*» (116), en palabras del propio Casabó, de la tesis que se publicó en 1968, referida a la aplicación de preceptos del Código penal de 1822.

Muy probablemente debido al desconocimiento del contenido concreto de la tesis doctoral de Casabó, que no de su existencia, encontramos otros dos artículos de fecha anterior aunque muy cercana a la de publicación del aquí analizado del citado autor.

El primero de ellos, publicado en 1977-1978 por la ya citada profesora Fiestas Loza (117) manifiesta que «*existen pruebas incontestas-*

(112) CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822*, op. cit. (nota 3), pp. 183-185.

(113) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», op. cit. (nota 8), p. 342.

(114) SEVILLA ANDRÉS, D., *Historia política de España (1800-1973)*, 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 100. Ya hemos visto anteriormente que este autor en la 1.ª edición de esta obra negaba la vigencia del Código que estudiamos.

(115) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 108 (nota a pie de página 19).

(116) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», op. cit. (nota 8), p. 332 (nota a pie de página 1).

(117) Esta profesora en su tesis doctoral que fue publicada como monografía en 1977 afirmaba la vigencia del Código penal en base a alguno de los argumentos que posteriormente desarrollará en el artículo que vamos a analizar. Nosotros sólo hemos podido acceder a la segunda edición de la citada monografía (FIESTAS LOZA, A., *Los delitos políticos (1808-1936)*, 2.ª ed., Librería Cervantes, Salamanca, 1994, p. 87). Varios son los autores que parecen atribuir a esta autora la demostración de la vigencia del Código penal de 1822 (vid. ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, 2.ª ed., [s. n.], Madrid, 1986, p. 910. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 497. LORENTE SARIÑENA, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*,

*bles de la vigencia del Código penal»* (118) y señala tres de las ya aportadas por Casabó (119), a las que añade la Real Cédula de 5 de febrero de 1824 y tras mostrar el contenido del art. 7.º señala que en su opinión esta disposición no sólo constituye una prueba de la vigencia del citado texto «*sino la aplicación del mismo por los tribunales»* (120).

El segundo, publicado en 1978, es de Álvarez García. Este autor comienza por señalar «*que la voluntad de los legisladores del «trienio» era la real vigencia y consiguiente aplicación por los Tribunales del C. P. de 1822»* (121) y que por ello acomodaron otras disposiciones legales a este texto, poniendo como ejemplo el artículo 239 de la Ley para el gobierno económico-político de las provincias de 3 de marzo de 1823 que permitía al jefe político imponer multas «*a los que le desobedezcan o le falten al respeto, y a los que turben el orden o el sosiego público, no cometiendo culpas y delitos sobre los cuales se deba formar causa, por tener una pena señalada terminantemente en el Código penal»* (122). A continuación reproduce el contenido de la citada Real Cédula de 5 de febrero de 1824 y considera, al igual que Fiestas Loza, que en el artículo 7.º de la misma se encuentran «*suficientes razones para presumir la aplicación efectiva del Código de 1822»* (123).

Ciertamente el art. 7.º de esta Real Cédula declaraba sin ningún valor ni efecto «*las actuaciones en los pleitos o causas contra eclesiásticos o militares»* que se hubieran seguido en los Juzgados civiles y

---

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 88, nota a pie de página 83. BERMEJO CABRERO, J. L., «Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822», *Anuario de historia del derecho español*, 1996, núm. 66, p. 967). Incluso algún autor va más allá y parece atribuir también a esta autora la demostración de su aplicación [vid. DE BENITO FRAILE, E., «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal de 1822». *op. cit.* (nota 1) p. 47].

(118) FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *op. cit.* (nota 80), p. 66.

(119) 1. La manifestación realizada en la sesión del 18 de mayo por González Alonso en la que afirma: «*El Código penal está vigente»*. 2. La disposición referente a quienes solicitan cargos del ejército invasor. 3. El artículo 6 de la Ley segunda adicional a la de imprenta.

(120) FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *op. cit.* (nota 80), p. 68.

(121) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Contribución al estudio del C. P. de 1822», *Cuadernos de política criminal*, 1978, núm. 5, p. 230.

(122) Se trata del Decreto XLV de fecha 3 de febrero de 1823 [*Colección de los Decretos y Órdenes generales expedidos por las Cortes extraordinarias, op. cit.* (nota 96), p. 171 y ss.].

(123) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Contribución al estudio del C. P. de 1822», *op. cit.* (nota 121), p. 234.

ordinarios «por el llamado Código penal». Sin embargo no consideramos que esta disposición sea reveladora de la puesta en práctica por los tribunales del Código penal. Por una lado porque lo que la Real Cédula pretende es dar respuesta a una consulta genérica del Corregidor de Guipúzcoa sobre la validez de las actuaciones judiciales llevadas a cabo durante la etapa del gobierno constitucional (1820-1823), en cuyo primer periodo (1820-1822) es evidente que no estuvo vigente el Código, es decir, no es una consulta sobre la validez de las actuaciones judiciales llevadas a cabo conforme al Código penal lo que sí sería una prueba de su aplicación; y por otro, porque lo que el art. 7.º contiene, es una respuesta, también genérica, para dar solución al hipotético caso de que se hubiesen llevado a cabo actuaciones judiciales del tipo referenciado en el citado artículo. A nuestro parecer esta Real Cédula constituye una prueba de que el Código estuvo vigente, de lo contrario no hubiera habido ninguna posibilidad de que un juez lo aplicara y se cumpliera el supuesto de hecho previsto en el citado artículo 7.º

Poco tiempo después Lasso Gaité (124) señala dos elementos bastante interesantes que no habían sido indicados hasta entonces. Una manifestación realizada por el ya citado Gómez de la Serna en la sesión del senado de 22 de marzo de 1865: «*Ese código estuvo en práctica desde el primero de Enero de 1823 hasta que la invasión francesa fue quitando las leyes constitucionales y todo lo que habían hecho las Cortes a la sombra de un decreto de la Regencia provisional*»; y una Real Orden de 1 de septiembre de 1836 por la que se nombra a Zumalacárregui Presidente de la Comisión especial de Código penal y de Enjuiciamiento criminal en la que el Ministro José Landero dice: «*hubiera deseado la Reina Gobernadora restablecer el Código penal de 1822*». Lasso Gaité considera esta última referencia una prueba de la vigencia del Código de 1822 porque «*si no hubiese regido nunca diría ponerlo en planta o implantar*».

En 1988 Lorente Sariñena aporta como prueba de la vigencia del Código un expediente enviado a las Cortes en el que unos ciudadanos de Cádiz denuncian una infracción de la Constitución alegando los

---

(124) LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984?, p. 160-163. No es fácil determinar cuando se publicó la obra de este autor ya que en la misma aparece la fecha de 1970 y esa es la que toman muchas bibliotecas, otras como la de la Universidad Complutense señalan 1987 con un signo de interrogación, la de Pompeu Fabra, 1990, las de Málaga y Miguel Hernández, 1984 con un signo de interrogación. Podemos afirmar que no es de 1970 pues precisamente tratando el tema que nos ocupa señala: «*en trabajo del pasado año 1979, dice Casabó la última palabra sobre este punto de vigencia del Código penal de 1822*», lo que nos permite asegurar que al menos esta parte se redactó en 1980.



arts. 279, 300 y 441 del Código Penal. Las Cortes no abrieron la causa porque se trataba de «*una queja desnuda... de todo apoyo*» (125).

Por su parte Bermejo Cabrero, en 1996, a pesar de centrarse en rebatir el momento de entrada en vigor de este Código propuesto por la profesora Fiestas, que luego veremos, y por tanto manejando los datos con esa finalidad, aporta algunos novedosos que en su opinión avalarían la vigencia del Código penal (126):

1. El art. 80 de la Ley para el gobierno económico-político de las provincias de 3 de marzo de 1823, ya señalada por Álvarez García, que otorgaba a los ayuntamientos la facultad de imponer multas que no rebasaran los quinientos reales «*no siendo por culpas y delitos por los cuales se deba formar causa por tener pena señalada terminantemente en el Código Penal*» (127).

2. El art. 20 de la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de Ultramar (128): «*...a fin de entregarle la cantidad que le corresponde en debido cumplimiento del art. 60 del Código penal*» (129).

---

(125) LORENTE SARIÑENA, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812... op. cit.* (nota 117), p. 88 (nota a pie de página 83). Esta autora no señala donde ha encontrado tal expediente y cita una Orden de las Cortes al Secretario del Gobierno de la Península de 25 de abril de 1822 (entendemos que se refiere a 1823), que no hemos podido encontrar. No obstante en la sesión de Cortes del día 24 de abril se hace referencia a un asunto que podría ser el mismo. Se trata de un expediente examinado por la comisión de casos de responsabilidad promovido por varios individuos del Ayuntamiento de Cádiz mediante el que exigen responsabilidad al Jefe Político D. Bartolomé Gutiérrez Acuña por los hechos ocurridos en esa ciudad en febrero. La comisión llega a la conclusión de que no había lugar. En cualquier caso en el diario de sesiones no se cita el Código penal [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 9].

(126) BERMEJO CABRERO, J. L., «Sobre la entrada en vigor del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 117), pp. 970-971.

(127) Además de los preceptos señalados, también el art. 178 hace referencia al Código penal en términos similares a aquellos pero referido a las diputaciones [*Colección de los Decretos y Órdenes generales espedidos por las Cortes extraordinarias, op. cit.* (nota 96), p. 205].

(128) Ortego Gil señala sobre esta instrucción que «*La reacción absolutista impidió que se concluyera su tramitación legislativa, al no ser sancionada por Fernando VII*» y que «*la copia manuscrita del Decreto elevada por la cortes al rey para su sanción se conserva en A. C., Serie de Papales Reservados de Fernando VII, t. 23, ff. 604-622*» [ORTEGO GIL, P., «La instrucción para el Gobierno económico-político de las provincias de ultramar», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 2002, núm. 14, pp. 345 y 350 (nota a pie de pág. 18)].

(129) La referencia que hace Bermejo es un tanto equívoca ya que menciona el artículo 2 cuando es el 20, señala como fecha de discusión el 20 de marzo, cuando es el 19 (ciertamente en la nota a pie de página indica la sesión correcta), y entrecomilla como parte del artículo «*debatido cumplimiento*» cuando es «*debido cumplimiento*» (*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Madrid en el año 1823*, Imprenta y fundición de los hijos de J. A. García, Madrid, 1885, p. 96).

3. Los trabajos de Romero Alpuente que ya hemos señalado anteriormente (130).

4. Un artículo (similar a lo que hoy llamaríamos un editorial) publicado en la prensa, concretamente en el *Nuevo Diario de Madrid* de 9 de abril de 1823 (131) en el que se hace referencia a ciertas disposiciones del Código penal que no son puestas en práctica «*por el remiso comportamiento de las autoridades*». Entiende este autor que el citado artículo está escrito «*bajo el supuesto de su vigencia*» o en otras palabras que de él se puede deducir que estaba vigente.

A pesar de estar de acuerdo con Bermejo Cabrero, consideramos que esta última aportación no es concluyente. Veamos la literalidad del texto: «*Si estas sabias y legales disposiciones estuviesen puestas ya en práctica...*». Que no se hubieran puesto en práctica tales disposiciones podría ser debido a que el Código no estaba aún en vigor, de hecho en los debates parlamentarios de los días 4 y 5 de enero de 1823 podría parecer que en algunas ocasiones «poner en práctica» se utiliza como sinónimo de «entrar en vigor». Veamos algunos ejemplos: El Sr. Falcó: «*la comisión dice (...) no habiéndose todavía discutido ni propuesto el Código de procedimientos, en el que se ha de establecer este jurado, no puede ponerse en práctica el penal*» (132); el Sr. Ruiz de la Vega: «*...y que traerá más inconvenientes ponerlo en práctica desde luego que esperar a que rija el Código de procedimientos...*» (133); el Sr. Argüelles: «*...mientras que se pone en práctica el Código de procedimientos...*» (134); El Sr. Melo: «*Todos los artículos del Código que no tienen relación con el Jurado, todos pueden y deben ponerse en práctica*» (135).

---

(130) BERMEJO CABRERO parece insinuar que ROMERO ALPUENTE fue diputado en las cortes extraordinarias de 1822-1823 (ver nota a pie de pág. 10), participando en los debates de los días 4 y 5 de enero de 1823 sobre la suspensión de entrada en vigor del Código penal, cuando no fue así. Al respecto se puede ver el listado de diputados de las Cortes en las que aparece D. Bartolomé García Romero como diputado por Sevilla, siendo «este Romero» el que participa en los citados debates [*Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo I, *op. cit.* (nota 29), p. 3].

(131) Disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional de España: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003567072&page=1&search=penal&lang=es>. Este mismo diario ya había publicado otro artículo en términos similares el 12 de marzo de 1823 (Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003566608&page=2&search=penal&lang=es>).

(132) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1236.

(133) *Idem*, p. 1239.

(134) *Idem*, p. 1240.

(135) *Idem*, p. 1246.

Tampoco son irrefutables las que hemos enumerado como 1 y 2, pues como ya se ha dicho se pueden encontrar otras disposiciones anteriores a la entrada en vigor formal del Código (1 de enero de 1823) que también hacen referencia al mismo.

Más de una década después, en 2007, Sainz Guerra muestra como «*testimonio indubitado de la aplicación puntual del Código penal de 1822*» (136) un fragmento, diferente al señalado por Casabó, de la intervención parlamentaria del diputado José Alonso al discutirse el Código de 1848 en la sesión del 14 de mayo de ese mismo año: «*No hay grado en la magistratura que yo no haya ejercido (...) y no sólo me ha tocado estar siempre en Salas criminales, sino hasta presidirlas, tocándome también aplicar el Código del año 1821 (1822) y fijar su inteligencia en la Sala del crimen, porque aquel Código no se entendía*» (137)

Las últimas aportaciones que vamos a analizar, no por ello menos importantes sino todo lo contrario, las realizó en 2008, De Benito Fraile (138).

Este autor ha logrado hallar un procedimiento en la Real Chancillería de Valladolid en cuya sentencia de 13 de febrero de 1823, no se imponen las penas previstas en el Código penal a Ángel San Román, vecino de Palacios (139), en atención a lo dispuesto en el art. 3 (140) del mismo texto legal, lo que demuestra sin lugar a dudas su aplicación por un juez aunque sólo sea para no imponer las penas previstas en él.

También en la Real Chancillería de Valladolid ha descubierto otro procedimiento de 1823 en el que el Promotor fiscal solicita la pena prevista en el art. 571 del Código penal y parece que hace referencia al contenido del art. 684 del mismo texto. La sentencia del Corregidor de la Villa de Ledesma (Salamanca) es de 12 de septiembre de 1823. De Benito Fraile no nos da a conocer la fecha de los hechos ni el contenido de la sentencia, aunque probablemente fue dictada bajo la restauración absolutista cuando el Código penal ya no regía.

---

(136) SAINZ GUERRA, J., «José María Calatrava o la codificación penal a comienzos del siglo XIX», en ALVARADO PLANAS, J. y SERRANO MAÍLLO, A., *Estudios de historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 381.

(137) SAINZ GUERRA, J., «José María Calatrava o la codificación penal a comienzos del siglo XIX», *op. cit.* (nota 136), p. 181.

(138) DE BENITO FRAILE, E., «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 1), p. 58 y ss.

(139) Puede tratarse de la localidad de Palacios de Salvatierra (Salamanca) que conforme a la Orden de 2 de noviembre de 1820 por la que se aprobó la división provisional de partidos de la provincia de Salamanca quedó encuadrada en el partido judicial de Alba de Tormes [*Colección de los Decretos y Órdenes generales de la primera legislatura de las Cortes Ordinarias de 1820 y 1821*, *op. cit.* (nota 15), p. 271].

(140) Art. 3 CP 1822: A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración.

En el Archivo Regional de la Comunidad de Madrid ha encontrado un procedimiento que se inicia por una denuncia presentada el 27 de agosto de 1822 ante el alcalde constitucional de San Martín de la Vega (Madrid) por unos hechos ocurridos ese mismo día y que se sustanció ante el juez de primera instancia de Valdemoro (Madrid). En este asunto, el representante de la ofendida solicita unas penas aceptadas en parte por el promotor fiscal quien presenta una excepción al resto el 15 de febrero de 1823, invocando expresamente el artículo 643 del Código penal junto con otras consideraciones que parecen propias del mismo, y en el que también la defensa parece alegar preceptos del Código penal. Sin embargo la sentencia es de 25 de febrero de 1824 cuando este Código ya estaba derogado.

Por último De Benito Fraile hace referencia a diversas noticias aparecidas en periódicos de la época que a su juicio redundarían en la vigencia de dicho texto:

1. En el Diario de Barcelona de 4 de enero de 1823 se publicó como artículo de oficio un Decreto de Fernando VII de 8 de diciembre que recoge el Decreto de 3 de diciembre de 1822 de las Cortes, al que ya hemos hecho referencia, cuyo artículo 1 se refería a los cadalsos para la ejecución de las sentencias de pena capital.

2. En el mismo Diario pero de 6 de enero y también como artículo de oficio se publica una Real Orden de 26 de noviembre de 1822 relativa al establecimiento de edificios para que los sentenciados a obras públicas *«puedan ser empleados del modo que se expresa en el art. 55 del código penal»* que comienza: *«Debiendo regir desde 1.º de Enero del año próximo siguiente el nuevo código penal...»* (141)

3. En el Diario noticioso de Madrid de 11 de febrero de 1823 (142) se recoge un aviso del Ayuntamiento de Madrid relativo a los sorteos a quintas cuyo artículo 6.º señala: *«Que estándose en el caso de llevar a efecto cuanto previenen los artículos 576, 577 y 578 del mismo Código Penal acerca de los que se nieguen al servicio en el ejercito...»*

---

(141) Se puede encontrar el texto completo de esta disposición en la *Gaceta de Madrid* de 12 de diciembre de 1828. p. 1828.

(142) Sin duda se refiere al Diario de Madrid que ya hacía tiempo había perdido de su cabecera el adjetivo «noticioso». Igualmente la disposición 5.ª hace referencia al Código penal, concretamente al art. 591. (Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0001913436&search=&lang=es>). También publicado en el *Nuevo Diario de Madrid* de 12 de febrero de 1823. (Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003566093&page=3&search=penal&lang=es>).

4. Por último en el mismo Diario pero de 6 de junio de 1823 (143) en nota a pie de página de un comunicado se dice: «*Por este solo hecho se hizo digno al castigo que imponía el art. 193 del Código Penal...*»

De estas noticias periodísticas entendemos que tan sólo la tercera constituye una prueba de la vigencia del Código penal ya que sería absurdo amenazar con unas penas que no fueran aplicables. Además hemos encontrado en el acta correspondiente al día 9 de febrero del Ayuntamiento de Madrid la orden para que se insertara este aviso en la que se hace mención expresa de los citados artículos del Código penal (144) lo que dota de una mayor solvencia probatoria a este elemento al encontrar apoyo en una fuente oficial. En cuanto a la primera y segunda no pueden serlo por ser disposiciones anteriores a su entrada en vigor formal y la cuarta es más dudosa porque no se dice que se le impusiera tal castigo, lo que hubiera supuesto una evidencia concluyente, sino que parece una opinión.

#### 4. NUEVOS APORTACIONES

Una vez que hemos expuesto y analizado las menciones y aportaciones realizadas hasta el momento por los diversos autores pasamos a mostrar los elementos novedosos que hemos encontrado en nuestra investigación relacionados con la vigencia y aplicación del Código penal de 1822. Tan solo haremos referencia a los que consideramos más relevantes (145) realizando su exposición por orden cronológico

---

(143) Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0001916198&search=&lang=es>.

(144) El acta también hace mención del art. 584 CP, aunque parece que finalmente no se llevó al aviso (*Libro de acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Constitucional de esta M. H. Villa de Madrid del año de 1823*, fol. 115).

(145) Además de las que vamos a indicar, se pueden encontrar otras menciones al Código penal, parece que casi siempre bajo el supuesto de su vigencia, en artículos de opinión o editoriales de los siguientes periódicos de 1823: *Diario Constitucional de Palma* (11 y 21 de mayo, 15 de junio, 2, 12 y 16 de septiembre), *Diario Constitucional, político y mercantil de Barcelona* (28 de enero, 25 de abril y 30 de septiembre), *Diario Mercantil de Cádiz* (24 de marzo), *Diario Patriótico de la Unión Española* (30 de marzo, 5 y 26 de mayo, 7 de julio, 27 de agosto, 3 y 26 de septiembre). Todos ellos disponibles en la Biblioteca Virtual de Prensa histórica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (<http://prensahistorica.mcu.es/es/estaticos/contenido.cmd?pagina=estaticos/presentacion>); Así como en: *El Espectador* (5 de febrero), *Nuevo Diario de Madrid* (28 de marzo) y *El Procurador General del Rey* (2 de abril). Disponibles en la Hemeroteca Digital de la Biblioteca Nacional de España (<http://www.bne.es/es/Catalogos/HemerotecaDigital/>).

y únicamente comentando los que sean menos evidentes para el objetivo que nos ocupa.

1. En el discurso pronunciado el 2 de enero de 1823 por el Regente de la Audiencia Territorial de Cataluña D. Juan López de Vinuesa (146), parece intuirse que el Código penal ya estaba vigente. El regente se queja de la desprotección que sufren los jueces frente a las críticas y considera que su único amparo es el texto de la ley pero que esta función no podía ser cumplida por un código criminal como el vigente hasta entonces que se encontraba diseminado, por ello tales jueces ansiaban que tal situación «*cambiase con la promulgación de un nuevo código...*» (147) a lo que añade que «*nuestras esperanzas por fortuna no quedaron frustradas y el nuevo código penal satisface en lo principal nuestros deseos*» (148).

No es un texto que demuestre de forma indubitada la vigencia del Código penal pero de él parece inferirse que la desprotección de los jueces ya ha finalizado, cuestión que, siguiendo su razonamiento, sólo podía ocurrir si el Código penal ya estuviera en vigor. Especialmente reveladora en este sentido es la siguiente mención «*...pero no son los Magistrados únicamente los que han quedado a cubierto de la maleficencia con las disposiciones tomadas...*».

2. Una certificación fechada el 25 de enero de 1823 dirigida por D. Miguel Pajarón escribano en la Sala del Crimen de la Audiencia Territorial de Valencia al Alcalde primero Constitucional de la misma ciudad por el que le comunica la providencia que tal Sala había acordado en la que se dice: «*No constando todavía a la Sala las disposiciones que haya tomado el Ayuntamiento Constitucional de esta Ciudad acerca del sitio, modo y manera donde deban ejecutarse las penas capitales con arreglo a lo dispuesto en el Código penal mandado observar...*» (149)

3. *El Espectador* de 8 de febrero de 1823 (150) en la sección de Valencia con fecha 31 de enero incluye una noticia referente a la

---

(146) LÓPEZ VINUESA, J., *Discurso pronunciado a la audiencia territorial de Cataluña, el día 2 de enero de 1823*, Juan Francisco Piferrer, Barcelona, 1823, pp. 4-9. En soporte físico en la Biblioteca de Cataluña:

([http://ccuc.cbuc.cat/search~S22\\*cat?/aCataneo%2C+Pietro%2C+m.+1569/acataneo+pietro+m+1569/-103%2C-1%2C0%2CE/frameset&FF=acatalunya+real+audiencia&229%2C%2C1195](http://ccuc.cbuc.cat/search~S22*cat?/aCataneo%2C+Pietro%2C+m.+1569/acataneo+pietro+m+1569/-103%2C-1%2C0%2CE/frameset&FF=acatalunya+real+audiencia&229%2C%2C1195)).

(147) *Idem*, p. 8

(148) LÓPEZ VINUESA, J., *Discurso pronunciado a la audiencia territorial de Cataluña...*, *op. cit.* p. 8.

(149) Archivo Municipal de Valencia. Documentos de 1823, folio 107.

(150) Disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional de España: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0004222969&page=3&search=penal&lang=es>.

publicación del Código penal (entendemos que en Valencia) cuya parte final señala: «...hizo que se publicase el mencionado código, debiendo comenzar a regir desde aquel momento».

Más adelante analizaremos detenidamente este elemento.

4. En la sesión de Cortes de 2 de febrero de 1823 al discutirse el voto particular del Sr. Álvarez Gutiérrez sobre el plan del arreglo del clero, el Sr. Argüelles dijo: «Además, acaba de desaparecer el fuero eclesiástico en lo civil y criminal por el Código Penal...» (151)

Entendemos que la desaparición de este fuero sólo fue posible bajo el presupuesto de la vigencia del Código penal.

5. Un escrito fechado el 13 de febrero de 1823 dirigido por D. José de Castellar, Jefe Político de Valencia (152), al Ayuntamiento Constitucional de dicha ciudad en el que le pone de manifiesto la solicitud realizada por el presidente de la Sala 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial del mismo lugar ante una inminente ejecución de pena de muerte, para que el 15 de febrero «sin falta esté construido el cadalso conforme a lo prevenido en el Código penal decretado por las Cortes» (153).

6. El *Correo murciano* de 18 de febrero de 1823 publica el fallo de un juez de Murcia fechado el 30 de enero de 1823 por el que no aplica el Código penal conforme a su artículo 3 considerando los hechos comprendidos en la Ley penal de 17 de abril de 1821 (154). Cabe señalar que no se indica en qué fecha se cometieron tales hechos.

---

(151) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1416.

(152) D. José de Castellar, quien en 1823 era el Comandante general del 8.º distrito militar con capital en Valencia, fue nombrado Jefe político de forma interina por Real Orden de 24 de enero de 1823 hasta la llegada del titular D. Manuel de la Puente (Archivo Municipal de Valencia. Documentos de 1823, folio 118), no obstante parece ser que este último no admitió el cargo (ANES ÁLVAREZ DE CASTRILLÓN, G., *Diccionario biográfico español*, Vol. XLII, Real Academia de la Historia, Madrid, 2013, p. 366).

(153) Archivo Municipal de Valencia. Documentos de 1823, folio 195.

(154) «En la Ciudad de Murcia a treinta de enero de mil ochocientos veinte y tres: El Sr. D. Ginés Muñoz Palao, Juez segundo de 1.ª instancia de ella y su Partido: Habiendo visto estos autos, seguidos de oficio contra (...)teniendo presente la época en que se cometieron los crímenes, y lo prevenido en el artículo 3.º del Código penal: dijo su merced que declarando, como declara a D. Pedro Moreno por comprendido en el artículo 1.º de la Ley penal de 17 de Abril de 1821...». Disponible en los fondos digitalizados de la hemeroteca del Archivo Municipal de Murcia ([http://www.archivo-demurcia.es/p\\_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select;xslt=e;query=id:0000360084;words=;encoding=utf-8](http://www.archivo-demurcia.es/p_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select;xslt=e;query=id:0000360084;words=;encoding=utf-8)).

7. El acta correspondiente al día 24 de febrero de 1823 del Ayuntamiento Constitucional de la Villa de Madrid (155) recoge una proposición del regidor Campomanes para que se ruegue al rey «*mande se proceda del tenor de los artículos 221 y 223 del Código penal, entre los que resulten reos de este crimen...*» en referencia a los sucesos ocurridos en Madrid en la noche del 19 de ese mismo mes.

A pesar de que esta proposición no fue aceptada pensamos que se trata de un indicio de la vigencia del Código penal por provenir de un regidor.

8. En la sesión de Cortes de 17 de marzo (156) al discutirse una proposición de los Sres. Canga, Montesinos y otros, para que la obra de Romero Alpuente, *Observaciones sobre la probable disolución del Estado*, «*no corra y circule con profusión*», el Sr. Salva se opuso a la misma entre otros motivos porque el Código penal ya contemplaba tal supuesto. Estos son los términos empleados: «*...a mi me parece que está en el caso del que hace tentativas para disolver las sesiones de las Cortes, cuyo delito tiene aplicada la pena correspondiente en el Código penal...*».

Sería absurdo rechazar una proposición alegando un Código que no estuviera vigente.

9. El *Diario Mercantil de Cádiz* de 23 de marzo de 1823, recoge un edicto del ayuntamiento de fecha 21 de marzo relativo al pago de contribuciones en el que se señala «*...los que se negaren finalmente incurrirán en la multa de una mitad más, conforme al art. 573 del Código penal*» (157).

10. *El Universal* de 31 de marzo de 1823 incluye un edicto de «*los alcaldes constitucionales*» fechado el 21 de marzo en Barcelona relativo a unas medidas adoptadas como consecuencia de la puesta en circulación de «*calderilla falsa*» cuyo artículo 4 señala: «*Toda persona que pasado el termino prefijado conservase en su poder alguna de dichas monedas, será considerado como expendedor de moneda falsa, y sufrirá las penas que a los de su clase impone el Código penal*» (158).

---

(155) *Libro de acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Constitucional de esta M. H. Villa de Madrid del año de 1823*, fol. 151-152.

(156) *Diario de las sesiones de Córtes celebradas en Madrid en el año 1823*, op. cit. (nota 129), pp. 89-90.

(157) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002041908>.

(158) Disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional de España: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003630538&page=1&search=penal&lang=es>.



11. El acta correspondiente al día 1 de abril de 1823 del Ayuntamiento Constitucional de la Villa de Madrid (159) recoge una exposición del letrado consistorial Juan José Rodríguez que considerando que el Sr. Tomás Lozano ha incurrido en «*una calumnia y libelo infamatorio atendiendo al art. 700 del Código penal*» propone que «*para que quede castigado el exceso criminal (...) con la pena que designan los arts. 699 y 700 de dicho código se interpele sin dilación la autoridad judicial...*». Esta proposición fue aceptada.

12. *El Universal* de 5 de abril de 1823 (160) publica un manifiesto de la Diputación Provincial de Asturias fechado el 21 de marzo de 1823 en el que se indica: «*Padres de familia sois los más interesados: el código penal os hace responsables de todos los daños que causaren vuestros hijo...*»

13. El *Correo murciano* de 12 de abril de 1823 informa de otra decisión, fechada el 24 de marzo de 1823, similar a la citada en la edición de 18 de febrero y tomada por el mismo juez sobre unos hechos cometidos el 16 de agosto de 1822 considerándolos comprendidos en la Ley penal de 26 de abril de 1821 (161) en aplicación de «*cuanto se previene en el artículo 3 del Código*».

14. Este mismo rotativo pero de 10 de mayo de 1823 recoge una carta fechada en Elche el 1 de mayo de 1823 en la que se dice: «*...no toca al Juez Eclesiástico el conocimiento de los delitos que V. menciona aunque sean cometidos por Clérigos, sino al civil y ha obrado bien el Sr. Gobernador en no tomar conocimiento, pues el Código penal, las leyes y las muchas órdenes que podrá ver en el Colon su amigo le privan de conocer en los delitos de que V. me habla*» (162).

---

(159) *Libro de acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Constitucional de esta M. H. Villa de Madrid del año de 1823*, fol. 231.

(160) Disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional de España: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003630586&page=1&search=penal&lang=es>.

(161) «*En Murcia a 24 de Marzo de 1823: el Sr. D. Ginés Muñoz Palao, Juez 2.º de 1.ª instancia de ella, habiendo visto estos autos seguidos de oficio contra (...) todos vecinos de esta ciudad, por haber cantado coplas provocativas a la inobservancia de la Constitución en la taberna del Patró, el 16 de Agosto, próximo pasado y teniendo presente la época en que cometieron el delito, y cuanto se previene en el artículo 3 del Código: dijo su md. Debía declararles, y les declaraba por comprendidos en el artículo 8 de la Ley penal de 26 de Abril de 1821*». Disponible en los fondos digitalizados de la hemeroteca del Archivo Municipal de Murcia ([http://www.archivodemurcia.es/p\\_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select; xslt=e; query=id:0000360204; words=; encoding=utf-8](http://www.archivodemurcia.es/p_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select; xslt=e; query=id:0000360204; words=; encoding=utf-8)).

(162) Disponible en los fondos digitalizados de la hemeroteca del Archivo Municipal de Murcia ([http://www.archivodemurcia.es/p\\_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select; xslt=e; query=id:0000360268; words=; encoding=utf-8](http://www.archivodemurcia.es/p_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select; xslt=e; query=id:0000360268; words=; encoding=utf-8)).

Desconocemos quien es el autor de tal carta por ello entendemos que no constituye una prueba concluyente pero sí un indicio más de que el Código estaba vigente.

15. También esta publicación en su tirada de 27 de mayo de 1823 hace referencia a una circular de la Diputación Provincial (no dice de dónde) por la que solicita a los ayuntamientos el envío de determinadas cuentas apercibiendo a los funcionarios obligados de que de no hacerlo así: «*se pasarán los antecedentes oportunos al tribunal competente para que les aplica las penas señaladas en el Código penal...*» (163).

16. El suplemento del día 12 de junio de 1823 al *Diario Constitucional político y mercantil de Barcelona* publica un oficio que el Ayuntamiento dirigió a la Diputación provincial el día anterior en el que se dice: «*...se halla autorizado por la ley pues el Código penal vigente en su artículo 384 tratando de los funcionarios públicos...*» (164).

17. En la sesión de cortes de 1 de julio de 1823 (165) se aprobó un llamado «Decreto cuarto» del siguiente tenor: «*Queda suspendida por ahora la ley de 27 de Noviembre de 1822 sobre reuniones para discutir materias políticas, y se observará en su lugar lo dispuesto en el art. 320 del Código penal*» (166).

A priori, no parece que sea una prueba concluyente de la vigencia del texto punitivo, más bien al contrario, porque podría deducirse que hasta entonces no debía observarse lo establecido por el mismo, no obstante creemos que esto no es así. Este decreto se aprobó dentro de un paquete de medidas extraordinarias propuestas por el Sr. Secretario de la Gobernación de la Península para «*la salvación de la patria*» (167), por ello es de suponer que se trata de medidas restrictivas. En efecto

---

(163) Disponible en los fondos digitalizados de la hemeroteca del Archivo Municipal de Murcia ([http://www.archivodemurcia.es/p\\_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select; xslt=e; query=id:0000360308; words=; encoding=utf-8](http://www.archivodemurcia.es/p_pandora/cgi-bin/Pandora.exe?fn=select; xslt=e; query=id:0000360308; words=; encoding=utf-8)).

(164) El Ayuntamiento también señala: «*...no puede menos de citar a V. S. el artículo 134 del Código penal en el que se previene que la falta de acusador ni su desistimiento no impiden que las Autoridades procedan de oficio en la averiguación de las culpas o delitos públicos*». Disponible en: [http://prensahistorica.mcu.es/es/publicaciones/numeros\\_por\\_mes.cmd?idPublicacion=8061&anyo=1823](http://prensahistorica.mcu.es/es/publicaciones/numeros_por_mes.cmd?idPublicacion=8061&anyo=1823).

(165) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13), p. 286.

(166) Este decreto apareció publicado en la *Gaceta española* de 7 de julio de 1823, p. 308. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/087/D00308-00308.pdf>.

(167) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13), p. 263.

creemos que el art. 320 CP (168) es más restrictivo que la Ley de 27 de noviembre de 1822 (169), ya que aquel sólo permite reuniones periódicas, en tanto que esta también las permite esporádicas conforme a su artículo 1 (170). Además las posibilidades de suspensión de la reunión por parte de las autoridades en la Ley de 27 de noviembre se limita a casos relacionados con la sedición conforme a su art. 3 (171), en tanto que el art. 320 CP es mucho más ambiguo al referirse sólo a «abusos». Por tanto probablemente no es que el Código penal no estuviese vigente sino que la Ley de 27 de noviembre de 1822 se aplicaría con prioridad como ley especial frente a aquel.

18. En la sesión de Cortes de 2 de julio de 1823 (172) se aprobó el artículo 2 de un Decreto relativo a la creación de Tribunales especiales cuyos diferentes apartados hacen referencia a multitud de artículos del Código penal (173).

Este decreto también se aprobó dentro del citado paquete de medidas extraordinarias para «*la salvación de la patria*» por ello como bien apuntaba Casabó en relación a las que denominaba «*leyes de guerra*», demuestran la vigencia real del Código penal, «*ya que carecería de sentido, dadas las circunstancias, que se refirieran a una ley que estuviese en suspenso*».

19. El *Diario Mercantil de Cádiz* de 4 de julio de 1823 publica un parte de la Comandancia militar de la Provincia de Huelva de fecha

---

(168) Art. 320: Lo dispuesto en este capítulo es y debe entenderse sin perjuicio de la libertad que tienen todos los españoles para reunirse periódicamente en cualquier sitio público a fin de discutir asuntos políticos, y cooperar a su mutua ilustración, con previo conocimiento de la autoridad superior local, la cual será responsable de los abusos, tomando al efecto las medidas oportunas, sin excluir la de suspensión de las reuniones.

(169) Podemos encontrar el texto completo en *Colección de la decretos y órdenes generales espedidos por las cortes extraordinarias*, *op. cit.* (nota 96), pp. 19-20.

(170) Art. 1 Ley de 27 de noviembre de 1822: Las personas que traten de reunirse en público para discutir materias políticas, darán doce horas antes aviso al alcalde primero constitucional o al jefe superior político, donde residiere, del sitio y hora en que hubiere de celebrarse su reunión.

(171) Art. 3 Ley de 27 de noviembre de 1822: En caso de manifestarse síntomas de sedición en alguna de estas reuniones, como querer pasar a vías de hecho, o prorumpir en aclamaciones sediciosas, la autoridad, ya sea el jefe político, ya el alcalde, ya un regidor con orden expresa de alguno de ellos, podrá suspender la sesión, para cuyo intento hará leer tres veces en voz alta esta ley, requiriendo a los concurrentes a retirarse, y de no hacerlo se valdrá de la fuerza.

(172) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, *op. cit.* (nota 13), p. 287-288.

(173) Este decreto apareció publicado en la *Gaceta española* de 19 de julio de 1823, p. 308. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/100/D00357-00357.pdf>.

30 de junio en el que se relata que tras sofocar una sublevación en Moguer por la que se había nombrado un nuevo ayuntamiento, se repuso al Ayuntamiento Constitucional «*habiendo hecho las preven- ciones del Código penal a los despojados del mando por haber admi- tidos cargos tumultuariamente*» (174).

20. El art. 7 del Real decreto de 11 de julio de 1823 (175) rela- tivo a la declaración de indignos del nombre español de los miembros de «*las llamadas regencias del reino y junta provisional*» que señala: «*Las personas de que tratan los tres primeros artículos, si se les apre- hendiere, serán juzgadas militarmente conforme al art. 185 del código penal como culpables de traición en auxilio del ejército enemigo*».

21. El art. 15 del proyecto de ley sobre la conservación de pro- piedad en las obras literarias en su redacción original hacía referencia al Código penal (176), aunque finalmente fue aprobado suprimiendo tal mención y pasando a ser el artículo 17 (177).

En el Diario de sesiones no se expresa el motivo por el cual se suprimió esta alusión al Código penal. Por nuestra parte no creemos que la razón fuera porque este texto no estuviera vigente ya que a con- tinuación de la discusión de esta ley se aprobó la propuesta de la comisión de libertad de imprenta, a la que hace referencia Casabó, por la que se autorizaba la publicación de distintas disposiciones legislati- vas reunidas en un cuaderno, entre ellas varios artículos del Código penal, «*expresándose al pié de cada artículo cuando estén derogados o variados por alguna disposición posterior*» (178).

22. El art. 2 de un Decreto del Rey de fecha 13 o 14 de julio de 1823 (179) relativo a una misiva supuestamente suscrita por varios grandes de España, aparecido como «Artículo de oficio» en la *Gaceta*

---

(174) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002047940>.

(175) Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/095/D00340-00340.pdf>.

(176) Art. 15: Los librereros impresores estarán obligados a entregar todos los ejemplares de la obra de que habla el artículo anterior, pagando por cada uno de los que se retuvieren de 25 a 40 duros de multa, que ingresarán en el Erario conforme al art. 88 del Código penal [*Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 326].

(177) *Gaceta española* de 30 de agosto de 1823, p. 532. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/143/D00531-00532.pdf>.

(178) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 327.

(179) En la *Gaceta española* aparece «*con fecha 13 del que rige*», por ello hemos entendido que es de julio y en el *Diario de Palma* «*con fecha 14 del que rige*».

*española* de 16 de julio de 1823 (180) y en el *Diario Constitucional de Palma* de 8 de agosto de 1823 (181), que dice: «*Se entenderá que han firmado voluntariamente (...) mientras no hagan constar que no la han firmado efectivamente ni tenido parte en ella, o que les asiste alguna excepción de las comprendidas en el art. 21 del código penal.*»

23. El *Diario patriótico de la Unión española* de 3 de agosto de 1823 (182) publica un manifiesto del Jefe Superior Político de las Islas Baleares en el que conmina a denunciar los proyectos de los absolutistas apercibiendo a quien no lo haga de sufrir las penas previstas en el artículo 126 del Código penal en estos términos: «*Tened entendido que en el artículo 126 del Código penal se estatuye lo siguiente (...). No hay que alegar ignorancia: el que no diere a las autoridades las noticas de que trata el transcrito artículo, sufrirá irremisiblemente la pena que en el mismo se prescribe*». Después pasa a exponer las penas que prevé el Código para los arrepentidos finalizando tal exposición con estas palabras: «*Esta es la tabla que ofrece a los reos de semejantes delitos el artículo 129 del citado Código*».

24. El *Diario Constitucional político y mercantil de Barcelona* de 5 de agosto de 1823 (183) recoge un escrito del Estado Mayor del 7.º Distrito Militar del siguiente tenor: «*Mañana a las 11 de ella sufrirá la pena de garrote impuesta por el consejo de guerra que se celebró el 31 de julio último en el local de la Tertulia Patriótica con arreglo al Código penal, el presbítero D. Francisco Frigola Cura Párroco de la villa de Blanes...*» (184).

25. Este mismo Diario y este mismo día incluye los votos particulares formulados por el Sr. Sánchez Casas (con el que se conformaba el Sr. Reillo), fechado el 21 de mayo, y el del Sr. Galiano, fechado el 23 de mayo, al informe de la comisión de libertad de imprenta sobre el proyecto de ley segunda adicional a la de libertad de

---

(180) Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1823/096/D00343-00344.pdf>.

(181) Disponible en la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional de España: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0038916948&search=&lang=es>.

(182) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10000020758>. Este mismo manifiesto se recoge en el *Diario Constitucional político y mercantil de Barcelona* de 9 de agosto de 1823, p. 2 (Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006001448>).

(183) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006001444>.

(184) Parece que efectivamente la ejecución se llevó a cabo el 6 de agosto de 1823 (vid. MARQUET Y ROCA, J., *Memorias para la Historia de la última guerra civil de España*, Imprenta de Brusi, Barcelona, 1826. Al final del libro hay añadida una «Nota de los asesinatos de que se ha podido tener noticia que cometieron los constitucionales» en cuya página 29 aparece la referencia a este hecho).

imprensa, leído el primero de ellos y anunciado el segundo en la sesión de 21 de mayo de 1823 (185). Ambos hacen referencia al Código penal (186) pero el del Sr. Galiano parece dar a entender la vigencia del mismo: «*bastan para enfrenar los abusos de la imprenta, en cuanto es posible enfrenarlos, las leyes dedicadas a este objeto en el Código penal, y que conviene acelerar el de procedimientos para dar nueva y mejor forma al juicio...*».

26. El *Diario Mercantil de Cádiz* de 20 de agosto de 1823 publica una sentencia de fecha 18 de agosto del Tribunal Especial de Justicia de la Isla Gaditana por la que se declara a «*Francisco Díaz reo en primer grado del delito expreso en el artículo 215 del código penal...*» (187).

27. El *Diario Constitucional de Palma* de 10 de septiembre de 1823 (188) al extractar las discusiones parlamentarias del día 24 de junio sobre el proyecto de ley adicional a la de imprenta recoge la siguiente manifestación del Sr. Galiano: «*Entre los muchos artículos que abraza esta ley adicional he observado que una parte son reglamentarios y por consiguiente los juzgo casi inútiles, pues creo que toda esta parte del reglamento no debe existir aquí y mucho más cuando está ya declarado en el Código penal que actualmente rige...*».

Ciertamente el Diario de sesiones (189) recoge esta misma exposición pero sólo hasta «*casi inútiles*». No obstante cabe recordar que el Diario relativo a las Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823 está compuesto por ejemplares de la *Gaceta Española* que también son extractos de las sesiones (190).

---

(185) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13), p. 148.

(186) El Sr. Sánchez Casas señala: «*según mi opinión el Código penal y el de procedimientos deben ser los que arreglen todo lo concerniente a delitos de toda especie...*».

(187) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002047994>.

(188) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002237391>.

(189) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13), p. 264. El *Diario Constitucional, Político y Mercantil de Barcelona* de 5 de agosto también recoge un resumen, parece que mucho más libre, de lo manifestado por el Sr. Galiano (Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006001444>).

(190) Ver la exposición que al respecto realiza Francisco Argüelles al inicio del *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, op. cit. (nota 13)

28. El *Diario Mercantil de Cádiz* de 20 de noviembre de 1823 (191) incluye un bando del Gobernador militar accidental en el que achaca, entre otras cosas, a «*la licitud que inducía el Código penal*», la formación de muchas causas «*por aprehensión de armas prohibidas*».

29. En 1914 se publicó una obra llamada «*Libro de curiosidades relativas a Valladolid (1807-1831)*» que nos cuenta que el 12 de febrero de 1823 el cabecilla Rojo de Valderas «*fue agarrotado (...) con todos los requisitos que previene el Código penal...*» (192).

Por último queremos dejar constancia, aunque no sea el concreto objeto de nuestra investigación, de dos cuestiones que hemos conocido durante la misma:

1. La Orden de Cortes de 20 de enero de 1823 (193) por la que se resuelven ciertas dudas planteadas por la Diputación Provincial de la isla de Puerto Rico señala: «*...llevándose en caso necesario a debido efecto el artículo 584 del Código penal*».

Lo que podría suponer que el Código ya estaba vigente en Puerto Rico en dicha fecha. Sobre tal vigencia Carlo Altieri (194) señala que «*fue introducido inmediatamente en Puerto Rico*» y añade en nota a pie de página que «*el historial sobre la vigencia del primer Código penal de 1822 por breve tiempo en Puerto Rico puede examinarse en AGI, Santo Domingo 2341; y en AGI Ultramar 422*».

Recordemos que la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822 disponía en su artículo 2 que el Código en las provincias de Ultramar debía empezar a ser observado sesenta días después de su publicación en la capital de cada una de ellas.

2. El Código penal de 1822 fue mandado observar provisionalmente en el Estado de Chihuahua el 11 de agosto de 1827: «*El Congreso constitucional de Chihuahua ha tenido a bien decretar. Se declara vigente provisionalmente el Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822 y sancionado el 27 del mismo mes, en todo lo que no se oponga al actual sistema de gobierno, Acta constitu-*

---

(191) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002050043>.

(192) ALCÁNTARA BASANTA, P., *Libro de curiosidades relativas a Valladolid (1807-1831)*, Tipografía del Colegio Santiago, Valladolid, 1914, p. 105 (Disponible en <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.cmd?id=1032>).

(193) *Colección de la decretos y órdenes generales espedidos por las cortes extraordinarias, op. cit.* (nota 96), p. 90. El dictamen que dio lugar a esta orden fue aprobado en la sesión de Cortes de 18 de enero de 1823 [*Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*. Tomo II. *op. cit.* (nota 33), p. 1348].

(194) CARLO ALTIERI, G. A., *Justicia y Gobierno: La Audiencia de Puerto Rico (1831-1861)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2007, p. 354.

*tiva, Constitución general, a la particular de este Estado, y a sus leyes y decretos dados después de su publicación. Lo tendrá entendido el Gobernador del Estado y dispondrá se imprima, publique, circule y que tenga su debido cumplimiento» (195).*

## 5. SOBRE LA FECHA CONCRETA DE ENTRADA EN VIGOR

Una vez expuestos todos los elementos relativos a la vigencia y aplicación del Código penal de 1822 pasamos a analizar la fecha concreta de su entrada en vigor.

Ya hemos hecho referencia a que Antón Oneca no había «*encontrado acuerdo alguno sobre la suspensión de la vigencia del Código penal*» (196) y aunque no lo dice expresamente parece dar a entender que el Código penal estaría vigente desde el 1 de enero de 1823 y que Casabó por el mismo motivo afirmó que «*desde el punto de vista formal, el Código entró en vigor el 1.º de enero de 1823*» (197) a lo que añadía que «*mientras no se demuestre lo contrario (...) el Código comenzó a tener vigencia y aplicación efectivas en la Península e islas adyacentes, a partir del primero de enero de modo uniforme*» (198).

En este sentido en nuestra investigación tampoco hemos encontrado disposición alguna que suspendiera la entrada en vigor del Código.

Fiestas Loza, por su parte tras realizar una serie de deducciones llega a la conclusión de que el Código «*empezó a regir realmente en una fecha comprendida entre el 29 de abril y el 10 de mayo de 1823*» (199). No obstante Bermejo Cabrero, como ya hemos indicado, dedicó un trabajo a combatir esta tesis llegando a la conclusión de que «*alcanzó vigencia tras haber superado la maniobra dilatoria de comienzos de 1823*» (200), podemos entender que quiere decir tras la votación del 5 de enero de 1823 por la que se

(195) *Código penal presentado por las Cortes de España en 8 de junio de 1822 y mandado observar provisionalmente por el Congreso Constitucional del Estado de Chihuahua*, Imprenta de Galván, México, 1827, pp. 3-4 (disponible en: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000046972&page=1>).

(196) ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 87), p. 275.

(197) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 8), p. 334.

(198) *Idem*, p. 343.

(199) FIESTAS LOZA, A., «Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822», *op. cit.* (nota 80), p. 71.

(200) BERMEJO CABRERO, J. L., «Sobre la entrada en vigor del Código penal...», *op. cit.* (nota 117), p. 970.



devolvió el dictamen sobre la suspensión a la comisión de código de procedimientos.

Sin embargo también hemos señalado que a nuestro juicio durante las discusiones parlamentarias sobre el citado dictamen, el Código ya estaba vigente y lo que se discutía era su posible suspensión. Recordemos especialmente las palabras del Sr. Argüelles: «...tanto el Tribunal Supremo de Justicia como el Gobierno han dicho que desde el primer día de enero de este año caen en responsabilidad los magistrados que se separen de lo establecido en el Código penal» (201).

Además hay otros elementos entre los ya citados que apuntan a que el Código penal de 1822 cobró vigencia el 1 de enero de 1823.

1. Las manifestaciones realizadas por el diputado José Alonso, quien fuera regente de la Audiencia Territorial de Aragón entre 1822 (202) y 1823 (203), al discutirse el Código de 1848 en la sesión de 14 de mayo de ese mismo año: «...y si no nos va a suceder lo que sucedió cabalmente con el Código penal que se discutió en 1822. Cuatro meses que nos dejaron los facciosos y los nietos de San Luis administrando justicia con arreglo a aquel Código resultaron en sólo la Audiencia de Zaragoza una porción de sentenciados a trabajos forzados...».

De ellas se desprende su aplicación por la Audiencia de Zaragoza pero no sólo eso. Ante la llegada de los «Cien mil hijos de San Luis», la mayoría de las autoridades abandonaron esta ciudad el 22 de abril de 1823 y las restantes al día siguiente cayendo en manos de los absolutistas, el 26 de abril de 1823 cuando el Conde de Molitor con sus tropas entraron en la misma (204). Entendemos que los cuatro meses

---

(201) *Diario de las sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria*, Tomo II, *op. cit.* (nota 33), p. 1240.

(202) GIL NOVALES, señala que pasó «a ser Regente de la Audiencia de Zaragoza por decreto de 8 de febrero de 1822» (GIL NOVALES, A., «Alonso Ruiz Conejares, José (1781-1855)» [en línea]. *La web de las biografías*, [fecha de consulta: 12 marzo 2018]. Disponible en: <http://www.mcabiografias.com/app-bio/do/show?key=alonso-ruiz-conejares-jose>). Y como tal regente aparece en el *Repertorio general de noticias políticas, civiles, económicas, y estadísticas de Europa y más particularmente de España para el año 1822*, Imprenta de D. Miguel de Burgos, Madrid, 1822, p. 124.

(203) *Repertorio general de noticias políticas, civiles, económicas, y estadísticas de Europa y más particularmente de España para el año 1823*, Imprenta de D. Miguel de Burgos, Madrid, 1823, p. 173.

(204) SORANDO MUZÁS, L. y MANZANO LAHOZ, A., «La milicia nacional de Zaragoza (1820-1823)», *Emblemata. Revista aragonesa de emblemática*, 2000, n.º 6, 2000, p. 196. ROMERO ARANDA, J. Á., «1823 – Batalla de Campillo de Arenas: Victoria española frente a los cien mil hijos de San Luis», *Sumuntán. Revista de estudios sobre Sierra Mágina*, 2005, n.º 22, p. 104.

que señala el diputado Alonso son a tanto alzado, el tiempo que transcurre desde enero a los señalados acontecimientos de abril aunque ciertamente no nos resuelve el día concreto de enero en que entró en vigor el Código penal. No obstante si tenemos en cuenta que con la salida de las autoridades, dicho Código se dejaría de aplicar, tomaríamos como fecha extrema el 23 de abril, si además restáramos los primeros días de enero nos alejaríamos demasiado de esos cuatro meses a tanto alzado. Por ello nos inclinamos a pensar en el día 1 de enero como fecha de entrada en vigor en Zaragoza.

2. El escrito de la Audiencia de Mallorca dirigido al gobierno fechado el 14 de enero de 1823 en el que se pone de manifiesto una queja del Colegio de abogados en la que se dice que a pesar del aplazamiento de la entrada en vigor hasta el 1.º de enero, los colegiados «*carecían de instrucción necesaria en el Código así para su observancia (...) como para el desempeño de su profesión*» debido a la ausencia de ejemplares en la isla y solicitan que se provea de ellos, ante lo cual «*constando a la Audiencia la certeza de lo expuesto*» acordó poner a disposición de los abogados en la Secretaría el ejemplar que tenía (205). Ya vemos como el 14 de enero se sigue haciendo referencia al 1 del mismo mes como fecha de entrada en vigor del Código. Además creemos que podemos datar esta queja del Colegio de abogados el mismo 1 de enero de 1823 atendiendo a lo señalado por Planas Roselló refiriéndose al Código: «*El 27 de septiembre de ese año se dispuso que comenzase a regir el 1 de enero de 1823. Precisamente en la misma fecha en la que debía entrar en vigor, el Colegio de Abogados de Palma resolvió hacer llegar al Ministerio la dificultad para circular con celeridad el nuevo Código «puesto que en todo el tiempo que ha mediado desde su promulgación no se han hallado en nuestra isla ejemplares de aquel Código, cuya reimpresión no es permitida»*» (206). Cabe añadir que Casabó en su tesis doctoral recoge literalmente el contenido del citado escrito de la Audiencia de Mallorca y allí podemos descubrir que la queja del Colegio de abogados estaba fechada el día anterior al de la «*apertura del Tribunal*», lo que nos permite datar tal apertura el día 2 de enero de 1823 (207). Es

---

(205) CASABÓ RUIZ, J. R., *El Código penal de 1822, op. cit.* (nota 3), pp. 183-185.

(206) PLANAS ROSELLÓ, A., «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», *Anuario de Historia del Derecho español*, 2012, tomo LXXXII, p. 249.

(207) El Proyecto de Ordenanzas para todas las Audiencias del Reyno e Islas Adyacentes de 1822, que fue puesto en práctica de forma provisional mediante la Orden de Cortes de 29 de junio de 1822 [*Colección de los Decretos y Órdenes generales expedidos por las Cortes*, Tomo IX, *op. cit.* (nota 5), p. 619], en el art. 2.º del Capítulo 1.º establece «*el día 2 de enero de cada año*» como fecha para la «*apertura*

decir parece que el 2 de enero de 1823 los encargados de aplicar el Código penal en Mallorca tampoco tenían constancia alguna de que se hubiera pospuesto su entrada en vigor.

3. El oficio fechado el 23 de abril de 1823 dirigido al Secretario de Gracia y Justicia en el que dice: «*Excmo. Sr. El Jefe Político de la provincia de Alicante con fecha de 12 de este mes me dice lo que sigue: Rigiendo en la Península desde 1.º de enero de este año el Código penal...*» (208).

Esto quiere decir que de haber existido algún nuevo aplazamiento del Código penal, el Jefe Político de la Provincia de Alicante en ningún momento tuvo noticia del mismo.

Estos tres elementos fueron aportados por Casabó, es decir, este autor había logrado demostrar que con carácter general el Código penal de 1822 estuvo vigente en la península e islas adyacentes, desde el 1 de enero de 1823. Especial importancia tiene el último de los señalados.

4. La manifestación realizada por Gómez de la Serna en la sesión del senado de 22 de marzo de 1965: «*Ese código estuvo en práctica desde el primero de Enero de 1823 hasta que la invasión francesa fue quitando las leyes constitucionales y todo lo que habían hecho las Cortes a la sombra de un decreto de la Regencia provisional*» (209).

Ya dijimos que Gómez de la Serna nació en 1806 e ingresó en 1822 en la Universidad Central de Madrid para estudiar Derecho.

5. Con las cautelas ya referidas, el discurso pronunciado el 2 de enero de 1823 por el Regente de la Audiencia Territorial de Cataluña D. Juan López de Vinuesa donde parece intuirse que el Código penal ya estaba vigente en tal fecha.

A estos elementos cabe añadir:

1. La publicación del Código penal realizada en Bilbao el 27 de diciembre de 1822 bajo la presidencia del Jefe Político de dicha pro-

---

*solemne del Tribunal*» (vid. MARTÍNEZ PÉREZ, F., «Proyecto de Ordenanzas para todas las Audiencias del Reyno e Islas Adyacentes de 1822», *Initium: Revista catalana d'història del dret*, 1999, núm. 4, p. 709). Parece que tal disposición fue respetada, ya hemos visto que así fue en las Audiencias de Valencia y Cataluña y además hemos encontrado referencias relativas a que en esta misma fecha se produjo en las Audiencias de Sevilla y Aragón (ORTEGO GIL, P., *Entre jueces y reos. Las postrimerías del Derecho penal absolutista*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 542-543).

(208) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 8), p. 342.

(209) LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española...*, *op. cit.* (nota 124), pp. 160-163.

vincia, en la que se dice textualmente «...*el Código penal que principiará a regir y gobernar desde 1.º de enero de 1823...*» (210).

2. Un anuncio de la Diputación provincial de Madrid fechado el 29 de diciembre de 1822 publicado en el *Nuevo de Diario de Madrid* de 1 de enero de 1823 (211), en *El Espectador* de 3 de enero (212) y en el *Diario Constitucional político y mercantil de Barcelona* de 17 de enero (213) por el que ofrece determinados premios a los ciudadanos autores de las memorias en que mejor se propongan el establecimiento de dos casas de corrección y otra para los destinados a obras públicas. Se dice textualmente: «...*con arreglo a lo dispuesto en el Código penal que principiará a regir desde primero de enero próximo...*».

3. El *Diario constitucional político y mercantil de Barcelona* de fecha 1 de enero de 1823 recoge un manifiesto del Jefe político de Barcelona fechado el 31 de diciembre de 1822 que dice textualmente «...*llegó en fin el feliz día en que he de tener la satisfacción de hacer la promulgación solemne del Código penal que debe regir desde mañana. A este fin pasaré acompañado del Excmo. Ayuntamiento constitucional al balcón de la Casa Lonja en esta misma tarde*». Entre paréntesis a pie del citado manifiesto se dice: «*Efectivamente se ha verificado esta tarde con toda solemnidad la promulgación del citado Código...*» (214).

Es decir las máximas autoridades de diferentes provincias tan sólo unos días antes, incluso horas, de la entrada en vigor del Código penal, no tenían constancia alguna de un nuevo aplazamiento.

En definitiva, ante la ausencia de disposición por la que se pospusiera la entrada en vigor del Código penal y tras analizar las fuentes que acabamos de mencionar creemos que es posible llegar a la conclusión de que no existió ningún nuevo aplazamiento y que por tanto el Código penal de 1822 con carácter general entró en vigor el 1 de enero de 1823.

No obstante entre los elementos que aporta Casabó se puede apreciar una cierta contradicción en relación a la entrada en vigor del

---

(210) Acta disponible en: [http://www.bilbao.eus/cs/descargaPdf/AMB\\_SrvImagen.jsp?Exp=18221227.PDF](http://www.bilbao.eus/cs/descargaPdf/AMB_SrvImagen.jsp?Exp=18221227.PDF).

(211) Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0003565360&search=&lang=es>.

(212) Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/issue.vm?id=0004221815&search=&lang=es>.

(213) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006001580>.

(214) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10006001564>.

citado texto en Valencia. Contradicción que también se muestra entre tres de los documentos aportados en esta investigación. Esto es lo que seguidamente pasamos a examinar.

## 6. EL CASO DE VALENCIA

Efectivamente entre las pruebas aportadas por Casabó encontramos una cierta contradicción que o bien no fue advertida por este autor o bien no pasó a analizarla. Nos referimos a los elementos enumerados como 1, 2, 3 y la primera resolución recogida en el 8.

Esta última resolución es un dictamen elaborado por la comisión de legislación, aprobado en la sesión del día 30 de mayo de 1823 (215), ante una consulta de la Audiencia de Valencia sobre la pena aplicable a los alcaldes constitucionales que en el ejercicio de jueces de primera instancia infringen la Constitución, y señala al respecto que «*se resolvió que debía imponérseles las penas señaladas en el capítulo II de la ley de 24 de marzo «en los casos anteriores a la publicación del Código penal y desde aquella fecha por el Código»*». Entendemos que se refiere a su publicación en la capital de provincia pues esa misma comisión y en esa misma sesión fue la que opinó que las leyes empezaban a regir «*desde el día de la promulgación en la capital de provincia*».

Nótese que es una consulta de la Audiencia de Valencia y que la respuesta no hace depender la entrada en vigor del Código penal de la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822 por la que se aplazaba hasta el 1 de enero de 1823, sino de su publicación. Es decir, parece que podemos entender que para la comisión de legislación este texto legal no comenzó o no debió comenzar a regir en Valencia sino desde tal publicación, que conforme a las propias pruebas que nos brinda Casabó no se produjo hasta el 31 de enero de 1823. Ciertamente este autor en el elemento que hemos enumerado como 1 aporta un escrito de fecha 10 de febrero de 1823 dirigido (no sabemos por quién) al señor Secretario del Despacho de Gracia y Justicia en el que se da cuenta de que el Jefe político de la Provincia de Valencia «*en 1.º del actual*» (entendemos que el 1 de febrero de 1823) dice que «*en el día de ayer*» (el 31 de enero de 1823) «*se publicó en esta Ciudad con la mayor solemnidad y aparato el código penal*».

---

(215) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823, op. cit.* (nota 13), p. 194.

Por su importancia transcribimos el texto completo conforme es recogido por el citado autor. (216)

*«Excmo. Señor: El jefe político de la Prov. de Valencia en 1.º, del actual me dice lo siguiente: En el día de ayer se publicó en esta Ciudad con la mayor solemnidad y aparato el código penal, a cuyo acto asistió la Milicia nacional voluntaria de Infantería, Caballería y Artillería. La enfermedad de mi antecesor con la perplejidad con que se hallaba de si se publicaría, o no, con motivo de estarse discutiendo en las Cortes este asunto a causa de no haberse sancionado el de procedimientos obligaron al interino a dirigir una consulta a esta Audiencia Territorial en la que ya regía dicho Código desde 1.º de enero último; pero no habiendo recibido contestación, y reclamando de otra parte los Alcaldes consts. de esta Ciudad su publicación, dispuse se verificase en el día de ayer. De Rl. Orn. lo traslado a V. E. mi. as. Palacio, 10 de Febrero de 1823.»*

Podemos observar que el jefe político de la Provincia de Valencia afirma que en la Audiencia Territorial, entendemos que de Valencia aunque no se diga expresamente, el Código entró en vigor el 1 de enero de 1823 presentando cierta contradicción con el citado dictamen de la comisión de legislación.

Lo cierto es que la afirmación de este jefe político concuerda con el elemento número 2, el discurso pronunciado por el Regente de la Audiencia de Valencia con ocasión de la apertura del Tribunal, el día 2 de enero de 1823 en el que manifestaba *«Vamos a entrar en el delicado ensayo del Código penal, que requiere un estudio no interrumpido, y una meditación tanto más detenida cuanto falta el jurado de hecho y el Código de procedimientos. Dedicuémonos, como es nuestro deber, a imponernos filosóficamente de todos los artículos de su sanción, y no perdamos de vista, alejándonos de la arbitrariedad, las respetables circunstancias de la época en que se manda observar, y la de la comisión de los delitos»* (217).

El inciso *«en que se manda observar»* nos da a entender que el Código ya se consideraba vigente en tal audiencia desde el 1 de enero de 1823 puesto que se está haciendo referencia a algo que ya está *«mandado»* y no por *«mandar»*, y la única disposición en la que se ordena desde cuando debía ser observado, es la publicada el 27 de septiembre de 1822. Téngase en cuenta que el Regente de la Audiencia de Valencia incluso utiliza el mismo verbo que la citada disposición, *«observar»*.

(216) CASABÓ RUIZ, J. R., «La aplicación del Código penal de 1822», *op. cit.* (nota 8), p. 337.

(217) CASABÓ RUIZ, J. R. *El Código penal de 1822.. op. cit.* (nota 3), p. 192.

También parece que estaría en sintonía con el elemento número 3, la noticia aparecida en la sección de tribunales del Diario de la Ciudad de Valencia de 5 de marzo de 1823 en la que se detallaba que «*en 28 del mismo Febrero ha recaído definitivo con arreglo a lo prevenido en Código penal, absolviendo a Rosell, y condenando a Tomás Prosper...*». Casabó recoge que en este asunto se enjuiciaron unos hechos ocurridos el 26 de enero de 1823, cuando aún no se había publicado en Valencia el Código penal (218), es decir, posiblemente, ya regía antes de su publicación. Podría haber otras explicaciones como que se aplicara retroactivamente por ser una norma penal más favorable o que tan solo fuera un juez concreto el que aplicó indebidamente el Código aunque no nos parecen probables.

No obstante creemos que *El Espectador* de 8 de febrero de 1823, uno de los nuevos elementos que hemos encontrado en nuestra investigación y que hemos mostrado como número 3, describe el mismo evento de la publicación en Valencia del Código penal de 1822. Este periódico recoge esta información en su sección «noticias nacionales» en el apartado correspondiente a Valencia con fecha 31 de enero. Transcribimos literalmente su contenido:

*«Hoy a las once de la mañana se ha publicado en esta, con la mayor solemnidad y aparato el código penal decretado por las cortes en 8 de junio, y sancionado por S. M. en 9 de julio de 1822. Los tres batallones de la milicia nacional voluntaria, la compañía de artillería, y un piquete de caballería de la misma milicia nacional voluntaria estaban formados con anticipación en la plaza de la Constitución. Las músicas marciales daban al acto todo el realce y pompa de que es digno. El M. I. ayuntamiento constitucional, acompañado del dignísimo comandante general de este distrito, a la hora designada salió de las casas consistoriales, y colocado ante la lápida, que se hallaba vistosamente adornada, hizo que se publicase el mencionado código, debiendo comenzar a regir desde aquel momento»* (219).

Es decir, conforme a este texto, el Código penal de 1822 no entró en vigor en Valencia hasta el día de su publicación, el 31 de enero de 1823, en lo que parece una abierta contradicción con lo indicado por el jefe político de la Provincia de Valencia y con la certificación de 25 de enero de 1823, nuevo elemento número 2, que da a entender que efectivamente para la Audiencia Territorial de Valencia el Código penal estaba vigente antes de su publicación.

---

(218) CASABÓ RUIZ, J. R. «La aplicación del Código penal de 1822». *op. cit.* (nota 8), p. 338.

(219) Hemos intentado contrastar esta información periodística a través de las actas municipales del Ayuntamiento de Valencia, sin embargo no ha sido posible puesto que del año 1823 sólo se conservan las actas a partir del 17 de marzo.

Tratemos de explicar este problema.

Como ya hemos señalado, lo que pretendía la disposición publicada el 27 de septiembre sería unificar la entrada en vigor del Código penal el 1 de enero de 1823 dando así tiempo para que se promulgara en las capitales de provincia, por tanto en la península e islas adyacentes al menos con carácter general dicha entrada en vigor no se hizo depender de la promulgación en las capitales de provincia. Promulgación de la que, a nuestro juicio, el Código no fue exceptuado y que como ya vimos, la comisión de legislación consideraba necesaria para que las normas fueran obligatorias.

Por ello en la provincia de Valencia en tanto que tal publicación no se verificó hasta el 31 de enero de 1823, desde el punto de vista del deber ser, el Código no debería haber entrado en vigor hasta tal día.

Sin embargo la Audiencia Territorial de Valencia ya sea porque considerara que la disposición publicada el 27 de septiembre eximía de la publicación en las capitales de provincia al Código ya sea porque se sintió acuciada por las advertencias del Tribunal Supremo y del Gobierno, referidas por Argüelles, conforme a las cuales se consideraría que desde el 1 de enero de 1823 caerían en responsabilidad los magistrados que se separasen de lo establecido en el Código penal, por ambas o por otras razones desconocidas para nosotros, decidió ponerlo en práctica desde tal fecha.

Posiblemente se trate de diferentes interpretaciones de una misma norma realizada por diversas autoridades.

Nos sirve como ejemplo de lo que decimos, aunque no se trata de una autoridad ni guarde relación con la entrada en vigor, una visión muy peculiar del contenido de la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822 recogida en el *Diario de Palma* de 27 de noviembre de 1822 (220): «*La real orden que después se ha publicado expresa el tiempo en que debe ponerse en observancia (...) y se previene igualmente en ella que el art. 4, tit. preliminar no puede llevarse a efecto hasta la institución del jurado*».

Aparte de la errata, la citada disposición se refiere al «*artículo 101, capítulo 4.º, título preliminar*», conforme a esta información parece que este artículo no será aplicado hasta la institución de jurado cuando precisamente ese aspecto es resuelto en su art. 3 al permitir que los jueces de derecho ejercieran transitoriamente las funciones de aquel.

---

(220) Disponible en: <http://prensahistorica.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=10002237644>.



## 7. CONCLUSIONES

Una vez que hemos realizado el primer objetivo que nos planteamos al iniciar este trabajo, dar a conocer y poner en valor los numerosos documentos que hemos hallado durante nuestra investigación relacionados con la publicación, vigencia, aplicación y fecha concreta en la que empezó a regir el Código penal de 1822, pasamos a exponer nuestras conclusiones.

1. Creemos haber alcanzado el segundo de nuestros objetivos, reivindicar la figura de Casabó Ruiz como el primer autor que demostró que el Código penal de 1822 estuvo vigente con carácter general desde el 1 de enero de 1823 en la península e islas adyacentes y que fue aplicado por los tribunales. A pesar de que su tesis no había sido publicada íntegramente, el contenido relativo a su aplicación, lo que presupone su vigencia, ya había trascendido a parte de la doctrina científica a través del extracto que sí lo fue. Además en su posterior artículo de 1979, una síntesis de su tesis en relación a estos aspectos, dejó constancia pública de la fecha concreta de entrada en vigor del citado texto. No obstante su investigación era susceptible de ser complementada especialmente para apuntalar la fecha concreta de entrada en vigor y su aplicación.

2. La vigencia de las leyes comenzaba desde su publicación en las capitales de provincia al menos desde la Real Orden de 26 de agosto de 1822 y creemos que el Código penal se vio afectado por esta disposición.

3. Consideramos que la disposición publicada el 27 de septiembre de 1822 pretendía unificar la entrada en vigor en la península e islas adyacentes del Código penal de 1822 el 1 de enero de 1823 y no dispensar al mismo de su publicación en las capitales de provincia.

4. Es difícil entender que se albergaran dudas sobre la vigencia de este texto legal cuando los autores contemporáneos afirmaban la misma aunque ciertamente de forma muy escueta.

5. Hemos consolidado la demostración de la aplicación de este Código por los tribunales al aportar nuevos indicios y argumentos al respecto.

6. Lo mismo podemos afirmar en relación a la fecha concreta de su entrada en vigor.

7. El Código penal de 1822 tuvo una aplicación más amplia de lo que se pensaba y probablemente se manejó de forma generalizada en los juzgados y tribunales de la península e islas adyacentes hasta la invasión de los «Cien mil hijos de San Luis». Hemos mostrado prue-

bas o indicios de su aplicación en Valencia, Murcia, Zaragoza, Barcelona, Cádiz y Valladolid, y de que se alegó ante los jueces de primera instancia de Ledesma (Salamanca) y Valdemoro (Madrid). Cuestión diferente es que tal aplicación o alegación finalmente no se concretara en la imposición de una de las penas previstas en el mismo.



# La evolución de la población reclusa española en los últimos treinta años: una explicación integral

MANUEL L. RUIZ-MORALES

Investigador Predoctoral en Formación  
Universidad de Cádiz

## RESUMEN

*El presente trabajo trata de explicar las modificaciones producidas en la población penitenciaria española en los últimos treinta años, analizando sus cambios de tendencia desde los noventa hasta la actualidad. De este modo, se observará y analizará el papel que en estas fluctuaciones han ostentado diversos fenómenos –como las últimas reformas penales– de acuerdo a las habituales explicaciones ofrecidas por la doctrina. Finalmente, se debe argumentar que el análisis en cuestión no se asentará tanto en opiniones o en apariencias, sino que en este concreto estudio se utilizarán –dentro de las posibilidades de la temática– procedimientos estadísticos con basamentos matemáticos, al efecto de comprobar fehacientemente –en base a coeficientes– la verdadera repercusión de una determinada decisión o de un concreto fenómeno en la población reclusa española.*

Palabras clave: *Población reclusa, España, reformas penales, análisis estadístico, evolución.*

## ABSTRACT

*This article explains the modifications that have occurred in the spanish prison population in the last thirty years, because it will analyse the changes of tendency since nineties so far. Thus, it will study the influence of phenomena that cause fluctuations, according to the thesis and ideas of the doctrine, as would be the case of the reforms of the criminal law. Finally, it's need to say that this work will use statistical*

*procedures –based and substantiated on mathematics, in order to verify and obtain evidences of the repercussion or the impact of each decision or of each phenomenon in the spanish prison population.*

Keywords: *Prison population, Spain, penal reforms, statistical analysis, evolution.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Objetivos.–III. Metodología.–IV. La tendencia alcista de la población penitenciaria española hasta 2009, ¿tuvo su origen en la delincuencia?–V. La evolución de la población reclusa española desde 2009 hasta la actualidad: examen analítico.–VI. Razones del cambio de tendencia: entre los extranjeros y la economía.–VII. Razones del cambio de tendencia: la reforma de 2010 en materia de drogas.–VIII. Razones del cambio de tendencia: los mecanismos alternativos al internamiento en prisión.–IX. Las modificaciones introducidas en la reforma de 2015: presente y futuro de la población reclusa española.–X. Conclusiones.–XI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Población penitenciaria o reclusa se suele denominar a aquel colectivo de individuos que se encuentra interno en un establecimiento penitenciario –también conocidas como prisiones o cárceles–, bien porque se halle cumpliendo una pena privativa de libertad –tras una condena firme–, bien porque se halle privado de libertad con el objetivo de garantizar la participación de aquel interno en el juicio.

Por tanto, tras esta primera aproximación a lo que es la población reclusa, queda medianamente claro que la población penitenciaria comprende tanto a los condenados o penados, como a los presos «preventivos» (1).

---

(1) Aquel individuo que se encuentra a la espera de juicio. Su internamiento en prisión evita la eventual fuga del presunto autor del delito, o bien que Este sujeto pueda destruir las evidencias del ilícito, o simplemente que cometa nuevos actos delictuosos. No obstante, La figura del preventivo no es una figura pacífica en la doctrina científica, puesto que aunque deban existir algunas «sospechas de criminalidad», puede estar anticipándose una condena, que finalmente no incumbía al declararse al imputado inocente, o lo que es lo mismo, estaría castigándose al individuo sin razón, simplemente por nada. En este sentido, véase VITALE, 2007, pp. 15-23. Incluso hace ya varias décadas se comprendía que los presos preventivos y la utilización masiva de esta figura, estaba acarreado serios problemas. *Vid.* CARRANZA *et al.*, 1983, pp. 26-30.

Ahora bien, fuere o sea de un tipo o de otro, la población privada de libertad en los centros penitenciarios varía diariamente (2), ya que habrán individuos que internan y otros que obtienen la libertad. De esta forma, la población reclusa a lo largo del tiempo va cambiando, pudiéndose observar la cantidad de individuos privados de libertad en distintos momentos del espacio temporal, lo que nos permite saber si ésta aumenta o disminuye (3).

Pero, ¿por qué se producen esas fluctuaciones en el número de presos a medio o largo plazo? ¿Qué factores influyen en la cantidad de población penitenciaria que hay en nuestro país? ¿Realmente han tenido que ver las reformas penales en las variaciones de la población reclusa española?

A todas estas preguntas se le intentará buscar solución en el presente trabajo, ya que –como es evidente– la población penitenciaria española ha ido variando desde que se tienen datos estadísticos de dicha serie. Así, simplemente observándose los movimientos de la población privada de libertad en España durante los años noventa –primeros datos que facilita el Instituto Nacional de Estadística (4), resultará visible la tendencia de crecimiento constante de dicha población –con un paréntesis de un par de años a mitad de la década de senda decreciente y un posterior mantenimiento de la misma–, como se puede observar en la Tabla 1.

---

(2) El número de internos en los centros penitenciarios de cualquier país del mundo, puede considerarse como una variable de stock. Esta definición económica de las variables –en contraposición a las variables de flujo– se refiere a aquellas variables cuyas cifras o cantidades se miden en un momento concreto: v. gr. el número de presos que había ayer, o el 31 de diciembre del año «x» en España. *Vid.* JIMÉNEZ, 2012, pp. 33-34.

(3) A pesar de que la población penitenciaria española muestra una tendencia sostenida de disminución desde el año 2009, lo habitual es que la población reclusa crezca incesantemente y ella no pare de crecer. Este es un fenómeno que se presenta en casi todos los lugares del planeta –de ahí que se trate de un problema mundial–, y que muchos han abordado –sobrepoblación penitenciaria–. Este problema parece aún más acuciante en los países en vías de desarrollo, no obstante, también afecta a Europa y Norteamérica, debido a que por un lado cada vez se internan a más sujetos en las cárceles, ya sea condenado o preventivo –cárceles-depósito o cárceles-jaula–. *Vid.* Sozzo, 2009, p. 50. Por otro lado, el amplio endurecimiento de los Códigos penales del mundo, ha provocado un aumento de la duración de las condenas. *Vid.* CARRANZA, 2001, p. 32. Por su parte, en España se construyeron nuevas penitenciarías a partir de 1991, para sustituir a las antiguas, sin embargo estas se niegan a desaparecer ante la insaciabilidad de la prisión. Por tanto, las nuevas se fueron llenando sin producirse el vaciamiento de las otras –esto es, no sobrevino la teoría de los vasos comunicantes–. Esta tendencia fue constante hasta el 2009. *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, 1993.

(4) Instituto Nacional de Estadística –en adelante, INE–.

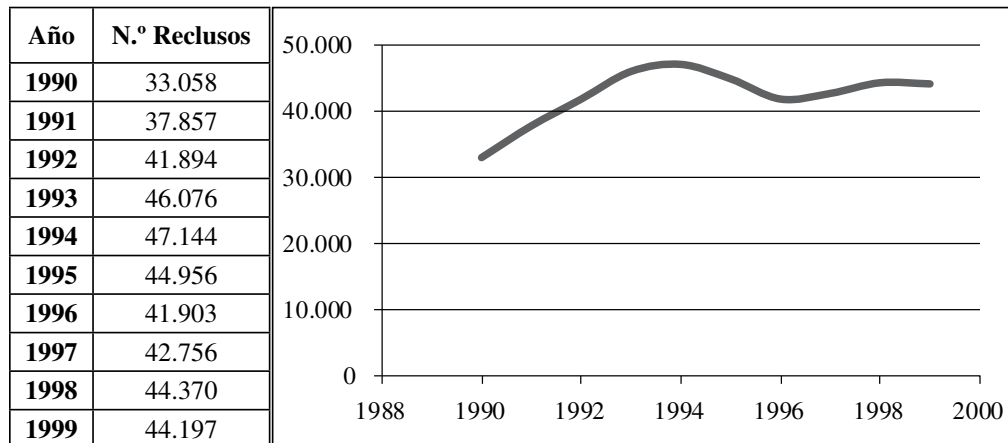


Tabla 1. Población reclusa en España desde 1990 a 1999 (5)

Por tanto, en el recorrido descrito por la serie en la Tabla anterior, puede observarse como se produce un cambio de ciclo, toda vez que –como es sabido– la Componente Cíclica es uno de los elementos que conforman las series temporales, integrando a las oscilaciones que se producen por periodos superiores a la anualidad (6).

Y es que los problemas de alternancia de ciclos y del análisis del carácter evolutivo de población reclusa resultan de mencionable interés, toda vez que parece existir una relación bastante intensa entre dicha población y la política criminal desarrollada por el gobierno de turno, así como con la utilización como estrategia de política criminal que se hace del Derecho penal (7). Por tanto, la forma de llevar a cabo

(5) Fuente INE: elaboración propia.

(6) Las componentes de las series temporales serían: La tendencia  $-Tt-$  que expresa el carácter evolutivo de la serie a largo plazo, es decir, analiza la dirección de la serie a largo plazo, sin tener en cuenta las oscilaciones. La ya citada componente Cíclica  $-Ct-$ , que se refiere a las fluctuaciones que se producen en un periodo de tiempo superior al año, debidas a la alternancia de etapas de prosperidad y depresión en la serie. La componente estacional  $-Et-$ , que expresa los cambios de la serie que se producen en un periodo igual o inferior a un año, y que se reproducen recurrentemente de manera reconocible en los diferentes años. Y la componente residual  $-rt-$ , que se refiere a los movimientos originados por fenómenos no explicados por el resto de componentes, que son imprevisibles y que afectan a la variable en estudio de manera más o menos casual y no permanente. Vid. GARCÍA RAMOS *et al.*, 2009, pp. 136-137; ESTEBAN GARCÍA *et al.*, 2005, p. 205; TOMELO *et al.*, 2009, p. 214.

(7) En este punto, hay que tener en cuenta que el derecho penal es una herramienta o instrumento del que se vale la política criminal para prevenir el delito, al igual que ocurre con otras ramas del derecho, o con otro tipo de medidas no jurídicas que sirven para prevenir los actos delictivos. Vid. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, pp. 34-35. Sin embargo, como bien explicaba Roxin –cuando se refería a von Lizst y al pensamiento de este que predominó a principios de siglo XX y durante gran parte del siglo

la lucha y prevención de la criminalidad (8) a través de la Política Criminal estatal –haciendo el Estado uso del *ius puniendi*–, afectará a la población de determinado país (9), pero evidentemente también presentará enormes consecuencias en la población reclusa, ya que las decisiones respecto de la tipificación de conductas, las formas de castigo, la duración del mismo, –así como las diferentes facetas de los procesos de selección (10)–, repercutirán ineludiblemente en la cantidad de reclusos que vengán a conformar la población penitenciaria de un concreto territorio.

De este modo, atendiendo a lo dicho hasta ahora, los cambios en la población reclusa de un país vendrían dados principalmente por las modificaciones de la política criminal, o por otro lado, serían consecuencia de modificaciones delincuenciales en el tiempo, que irremediablemente provocarían asimismo variaciones de la población penitenciaria en el mismo sentido de las fluctuaciones producidas en las cifras de criminalidad.

Por su parte, si se hace un receso con el objeto de analizar someramente la política criminal de las últimas décadas en nuestro país, se debe decir que la característica que predominó en ella fue la simple alternancia de ciclos normativos, sin que ella presentase una manifiesta tendencia de fondo, sino que por el contrario, las modificaciones legislativas en lo que respecta al sistema penal, se han desarrollado –meramente– en virtud de impulsos de partidos políticos de acuerdo a sus intereses partidistas. Ello es así, puesto que la política criminal española ha adolecido de científicidad, toda vez que se han desechado opiniones y propuestas de jurisconsultos expertos, negándose toda

---

pasado–, el derecho penal fue considerado como un límite más allá del cual no puede ir la política criminal, ya que ésta fija las mejores formas o estrategias para luchar contra el delito, mientras que aquel protege al delincuente frente a cualquier intromisión por parte del Estado, que debe cumplir con los estándares mínimos garantizados por el derecho penal. *Vid.* ROXIN, 2002, pp. 32-34.

(8) Evidentemente, la política criminal para prevenir el crimen y desarrollar sus estrategias, debe conocer el fenómeno criminal. Por ello se dice que «*la Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica*». *Vid.* ROXIN, 1992, p. 795. Y es ahí donde adquiere un papel relevante la ciencia del crimen, más conocida como Criminología.

(9) Se está aludiendo a la misión social del derecho penal.

(10) En este punto, se debe hacer referencia a la selección en la persecución penal y sus distintos grados de selección, a saber: fijación de figuras delictivas, el acto de denuncia del perjudicado, las averiguaciones de los órganos de persecución penal, las posibilidades de sobreseimiento jurídico-procesales, la decisión judicial y la función selectiva de la opinión pública. *Vid.* ZIPF, 1979, pp. 118-120.



posibilidad a la introducción de una penología más acorde a lo comprobado empíricamente (11).

La razón también puede comprenderse a partir de la escasa relevancia mostrada a la criminología en nuestro país, ya que prevaleció durante muchas décadas simplemente el discurso dogmático puro y la doctrina penal –que contaba con nimias evidencias experimenta-

---

(11) Así, lo habitual en España es –en vez de contar con opiniones expertas y aplicar aspectos legales contrastados empíricamente con resultados favorables en cuanto a la prevención y/o disminución del delito– legislar conforme a los ideales del partido de turno y/o legislar en caliente, con la finalidad de agradar al pueblo que exige venganza –en vez de hacer justicia–. En este sentido, se debe mencionar, en el particular español, como hace unos años Juan José Cortés –padre de la niña onubense asesinada Mari Luz– fue asesor jurídico del Partido Popular. Tras la muerte de su hija fue un férreo defensor de la cadena perpetua. Igualmente, el presidente del gobierno al momento de los hechos, José Luis Rodríguez Zapatero, se comprometió a endurecer las penas en los delitos de pederastia. Evidentemente, queda demostrada la alarma social creada por este tipo de actos –amplificada por los medios de comunicación–, lo que desde antaño ha sido aprovechado por los partidos políticos, en su afán de captar votantes. Ante tal situación y ante otros casos de gran repercusión mediática, como el caso de Marta del Castillo, se terminó reformando el Código Penal en 2015, a través de las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, que provocó un retroceso manifiesto en la legislación penal española, incorporando aspectos dudosamente constitucionales, consistentes en el endurecimiento de la pena privativa de libertad a través del instituto de la prisión permanente revisable y la medida de seguridad de libertad vigilada –esta introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio–, entre otras; sin tener en cuenta que España es de los países menos violentos del mundo y con menores tasas de homicidio. Esta modificación, basándose en postulados más primitivos fundamentados en la retribución y en la venganza, lejos queda de estudios y experimentos criminológicos realizados en España o en otros países, que gozan de resultados comprobados.

Esta forma de dirigir la política criminal ha sido denominada como *establishment* político-mediático –con objetivos cortoplacistas–, en el que la víctima adquiere un papel protagonista a la hora de punir «simbólicamente» conductas penales. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, 2007, p. 4.

Igualmente, se puede observar –en un sentido similar–, como este fenómeno no es propio y singular del ordenamiento español, sino que legislar en caliente es una práctica muy extendida, como también ha ocurrido en Argentina. En el país trasandino –por ejemplo– este endurecimiento vino en 2004 de la mano del petitorio de Juan Carlos Blumberg tras el secuestro y asesinato del hijo de éste. Tras sendas manifestaciones y recogidas multitudinarias de firmas, se promulgó la Ley 25.886, de la mano también de la 25.882 y la 25.891, por las cuales –entre otras cosas– un penado por delitos gravísimos podía ser castigado a 50 años de cárcel –mediante suma de penas–. Evidentemente, poco o nada de científico tenía la opción política criminal elegida por el legislador en tales casos. No obstante, muchas veces resultaron discrepantes, entre ellas las del renombrado jurista y jurisconsulto argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni. En este sentido, véase «Las leyes Blumberg, ¿sirvieron para algo? Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=jzFB07Hs9kk> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018].

les– (12). No obstante, en los últimos años esta disciplina ha sufrido un crecimiento exponencial enorme con la creación de sociedades de criminología, federaciones, asociaciones y colegios de criminólogos, e incorporándose titulaciones oficiales de grado y posgrado en Criminología y disciplinas afines, en la amplia mayoría de las universidades españolas (13).

No obstante, ante la preeminente política criminal acientífica –y partidista–, parece lógico que en España se haya mirado para otro lado a la hora de llevar a cabo las tareas de evaluación de las consecuencias y costes de las leyes, de acuerdo al mandato europeo que establece tal obligación (14), toda vez que dichas normas regulatorias del sistema penal cumplieran el papel encomendado –al menos– idealmente.

Finalmente, habría que aludir que el estudio de la población reclusa española se torna necesario, incluso en términos puramente economicistas –más si cabe tras la crisis económica que se inició en 2008–, toda vez que la conservación y mantenimiento del sistema penitenciario repercutirá financieramente en el país, a través de los presupuestos públicos. Evidentemente, los gastos del sistema de prisiones afectan indirectamente en la población no reclusa, ya que muchas veces el sistema se financia a través de impuestos, y se usan partidas presupuestarias para sufragar los gastos directos de dicha población y otros anejos –como los de construcción, reforma, funcionamiento de estas instituciones, los gastos en políticas de reeducación y/o resocialización que la propia Constitución Española ampara (15)–. Ahora bien, esas cantidades monetarias podrían ser utilizadas con otras finalidades sociales (16).

Ello evidentemente trascenderá a la opinión pública, debido a la mercantilización actual del mundo y a una sociedad cada vez más

---

(12) TAMARIT SUMALLA, 2007, pp. 5-7.

(13) En este sentido, baste mencionar por ejemplo a la Universidad de Cádiz, que ofrecía un Título de Experto en Criminología. De a poco, con la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior se implantó hace ya varios años el título de Grado en Criminología y Seguridad. Igualmente, ocurrió con los títulos de Posgrado, toda vez que se ofrece un Máster Oficial en la materia y estudios de Doctorado en líneas criminológicas. De ahí que la Universidad de Cádiz forme parte del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología –IAIC–.

(14) VOGEL, 2005, pp. 253-260. Concretamente sobre la evaluación de la política legislativa, véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2016 –Capítulo V–.

(15) El coste diario por interno en el sistema penitenciario español se estima en torno a los 60 o 65 euros, lo que evidentemente supone un gasto relevante para las arcas públicas. *Vid.* MORENO, 2018.

(16) Ante tal afirmación, y ya simplemente desde una esfera puramente económica –o más bien, economicista–, habría que preguntarse: ¿Es necesario mantener a tanta población privada de libertad?

capitalista –que presta atención a parámetros puramente economicistas–, lo que redundará en la concepción negativa de las prisiones por parte de la ciudadanía, reclamándose desde el pueblo penas privativas de libertad más duras (17) y en peores condiciones (18).

## II. OBJETIVOS

El presente trabajo pretende analizar la evolución de la población penitenciaria española en los últimos treinta años, observando los cambios de tendencia producidos en la misma.

De este modo, se estudiará los elementos que han influido a medio-largo plazo en la población reclusa en nuestro país, examinando y contrastando pormenorizadamente las cifras de delincuencia o criminalidad y la población reclusa, y explorando los fenómenos que han podido influir certeramente en las modificaciones de la población penitenciaria, tales como las diversas variaciones político-criminales, materializadas principalmente en las reformas del Código Penal.

Igualmente, el estudio profundiza en otras posibles causas de las variaciones en nuestra población privada de libertad (19), ya que atendiendo a los datos estadísticos, en ocasiones parecen guardar mayor

---

(17) Aspecto seguramente de escasa constitucionalidad, además de que es una contradicción en sí misma. Aquellos que argumentan en contra del carácter social de la prisión, esto es, para los cuales la cárcel es un mero castigo, normalmente consideran que se gasta demasiado en prisiones y que los ciudadanos no deben sufragar tales instituciones a través de sus impuestos –ya que reclaman bajadas de los tipos impositivos–. No obstante, endurecen las penas y desarrollan una política criminal más restrictiva y autoritaria, lo que irremediablemente aumenta la población penitenciaria y, consecuentemente, el coste de sostenimiento de las mismas.

(18) Porque en definitiva, para la opinión pública «son presos», «son delincuentes», y tienen que pagar por sus actos. Para la opinión pública, «los presos viven como reyes». Y es que la ciudadanía no comprende que la pena es privativa de libertad, y sólo eso. Por tanto, el resto de los derechos fundamentales deben garantizarse y promoverse dentro de la prisión. En esta línea se expresa MORENO (2018), al indicar que el gasto para el Estado español de un preso es de entre 1800-1900 euros mensuales, mientras que la prestación por desempleo de un padre con un hijo no será superior a 1242 euros. Igualmente, se relata en otros artículos en los que se plantea la supuesta relación de injusticia que se da en España, en la que un preso tiene el «privilegio» de ver la TV, mientras que un enfermo en un hospital público tiene que pagar para poder ver la TV pública. *Vid.* LÉRIDA, 2015.

(19) Se analizarán las causas y consecuencias de las mutaciones en el comportamiento de la serie hasta la actualidad, así como de lo que a priori nos depara el futuro más cercano.

relación con estas circunstancias o factores, que con los propios razonamientos de índole puramente penal.

### III. METODOLOGÍA

En este apartado metodológico se debe diferenciar entre los tres métodos que en el trabajo se utilizan, al efecto de desarrollar el contenido completo del estudio.

De este modo, gran parte del artículo se basará en el análisis puramente dogmático, es decir, en el estudio abstracto y formal (20) de las normas, y de las opiniones e interpretaciones de la doctrina científica en materia –penal–, realizando una labor de sistematización y de aportación de criterios para el legislador, con el objetivo de que se logre un encaje perfecto en una convivencia social amparada por la seguridad jurídica y el respeto de los derechos humanos (21).

Así, este trabajo se apoya en la utilización de herramientas propias de la Estadística descriptiva, al efecto de verificar, comprobar y comparar el origen de las variaciones producidas a lo largo de los años –en la población reclusa española–, con el objetivo de determinar con una verosimilitud matemática, las causas reales de los movimientos que ha sufrido la serie temporal de las personas privadas de libertad en las tres últimas décadas.

Es aquí donde radica la relevancia de este apartado metodológico, puesto que será primordial –para el lector de este estudio– conocer y comprender de antemano los aspectos fundamentales del procedimiento de obtención de los datos, para –de este modo– entender el significado de los resultados que se extraigan.

Ahora bien, entrando ya en materia, primeramente se debe advertir que los datos que se utilizarán en dicho estudio serán obtenidos de las estadísticas oficiales, bien a través de los Informes y series estadísticas facilitados por el Instituto Nacional de Estadística –en adelante, INE– en relación a los diversos apartados –como «Seguridad y Justicia (22)», «Demografía y Población» o «Economía»–; bien por medio de la Estadística Penitenciaria, facilitada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior del Gobierno de España, que viene a ser totalmente coincidente con las estadísticas del INE; bien por los apartados relativos a la población

---

(20) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2014.

(21) BORJA JIMÉNEZ, 2011, pp. 27-28.

(22) Como la Estadística General de la Población reclusa.

penitenciaria de los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior, perteneciente al Gobierno de España.

Específicamente, en cuanto a las cifras de criminalidad y delincuencia, el INE también ofrece datos que son coincidentes con los ofrecidos por otros organismos del sistema estadístico nacional. En este caso, se vuelve a hacer alusión a los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior, para los diferentes años, en el apartado de Seguridad Ciudadana.

Así, los datos facilitados por el INE, por las Estadísticas Penitenciarias y por los Anuarios del Ministerio del Interior, se ofrecen de una manera global, aunque también pueden obtenerse segregados por diversas atributos o cualidades de tal población, como sexo, tipología delictiva, o diferenciando entre penados y procesados. No obstante, se debe advertir que en el examen normalmente se trabajará con la cifra total de privados de libertad, sin hacer diferenciación alguna, y si en alguna ocasión se utilizare los datos segregados o divididos por grupos, se hará alusión en el epígrafe y momento correspondiente.

Por tanto, los datos sobre los que se asienta el trabajo son datos oficiales. Mucho se ha escrito sobre la validez y verosimilitud estadística de los datos oficiales, toda vez que tanto la ciencia jurídico-penal, como la Criminología, han mostrado desde antaño ciertos reparos a la hora de utilizar datos estadísticos facilitados por organismos oficiales. En este sentido, se suele argüir que las estadísticas oficiales adolecen de veracidad y no recogen las cifras reales en relación al crimen o al delincuente –lo que se ha venido a llamar cifra negra (23)–.

No obstante, respecto al particular en cuestión, se debe decir que las estadísticas ofrecidas por estos organismos públicos deben ser consideradas como reales, toda vez que el número de reclusos es de fácil determinación, consistiendo en un simple conteo del número de personas privadas de libertad llevado a cabo por parte de las Instituciones Penitenciarias (24).

---

(23) Es decir, existe una parte de la criminalidad que no queda registrada, por diversos motivos. *Vid.* SERRANO GÓMEZ *et al.*, 2006, pp. 572-575; RECHEA *et al.*, 1995, pp. 14-18.

(24) Igualmente sucederá con otras estadísticas como las demográficas. Sin embargo, este problema podría encontrarse en relación a la determinación de las cifras de delincuencia. Además, las estadísticas del Ministerio del Interior hacen referencia –además de los Hechos conocidos– a los Hechos esclarecidos o la cifra de Detenciones, que –en definitiva– son datos más volátiles y que podrían depender entre otras cosas del número de efectivos o agentes policiales o de primas a la productividad policial. Sin embargo, aun cuando se sabe que los datos sobre criminalidad no son absolutamente reales, se ha comprobado que los mismos son bastante aproximados, de ahí que sean utilizados en la mayoría de los trabajos de investigación, ya que es la forma más idónea para medir la criminalidad –ante los recursos con los que cuenta los organismos oficiales que los crean–, y puesto que todos los

Por otra parte, a los efectos de desarrollar los análisis y materializar el tratamiento de los datos, se ha utilizado el programa informático Statgraphics Centurion XVII. Se trata de un software estadístico profesional, que permite elaborar cualquier estudio estadístico en base a cualquier procedimiento. No obstante, Statgraphics es una aplicación informática relativamente simple y de fácil manejo. Ahora bien, a la hora de desarrollar las tablas que se presentan en el artículo, se han tratado los datos con Excel, puesto que las salidas ofrecidas por esta aplicación informática resultan más reconocibles por los usuarios habituados al uso de este paquete de Microsoft Office. Evidentemente, Statgraphics podría aportar más herramientas y valores estadísticos anejos en sus cálculos, sin embargo, esta información adicional también podría dificultar la comprensión.

Pues bien, para comprobar y verificar las razones de las modificaciones de la población reclusa española, respecto de diversos elementos, se medirá la relación o dependencia matemática entre estos, para lo cual se utilizará la teoría de la correlación entre las variables objeto de estudio, que –en definitiva– se encarga de estudiar la dependencia, esto es, el grado de asociación entre las variables.

De esta forma, como se dispondrá de « $n$ » pares de valores, para las variables  $x$  e  $y$  –que serán en cada caso las variables objeto de estudio, que se explicitarán en cada particular análisis– el diagrama de dispersión ofrecerá la forma de la nube de puntos, pero también –es lo más importante– la intensidad de dicha relación (25).

Esta correlación se calculará por medio del coeficiente de correlación lineal « $r$ » (26), que explica la proximidad existente entre la nube de puntos que se crea por cada par de valores –los dos aspectos a los que se les esté analizando su relación– de la muestra y una recta que resume tales datos (27), que sería la denominada «Recta de Regresión» (28). Por tanto, a mayor semejanza de la nube de puntos con mencionada recta de regresión (29), más evidente es la relación

---

métodos de medición del crimen presentarán fallas o errores, por insignificantes que sean. *Vid.* SERRANO GÓMEZ et al., 2006, pp. 572-576; GARCÍA ESPAÑA et al., 2004. De todas formas, se debe advertir –finalmente– que las diversas formas de medición de la delincuencia presentan una correlación fuerte entre todas ellas, lo que termina por zanjar dicha polémica. *Vid.* AEBI et al., 2001, pp. 1-4; FARRINGTON et al., 2004, pp. 2-3; WESTFELT et al., 2005, pp. 20-23.

(25) GONZÁLEZ MANTEIGA et al., 2009, p. 108.

(26) También denominado coeficiente de correlación de Pearson.

(27) Se basa en la teoría de la regresión, la cual se encarga de ajustar una curva a la nube de puntos.

(28) GARCÍA RAMOS et al., 2009, pp. 103-105.

(29) La cual también puede utilizarse para realizar predicciones en la variable dependiente, a partir de un determinado valor de la variable independiente.

existente entre variables, o como se diría estadísticamente: ambas variables están correlacionadas, toda vez que el ajuste entre la recta de regresión y la nube de puntos es fuerte.

De este modo, el coeficiente de correlación lineal « $r$ », se explica como el cociente de la covarianza y el producto de las desviaciones típicas de las dos variables cuantitativas objeto del análisis. A saber:

$$r = s_{XY} / s_X s_Y$$

Pues bien, tal y como se viene diciendo, el coeficiente de correlación « $r$ » mide el grado de asociación entre las variables (30) y el tipo de relación entre ellas; de ahí que para la interpretación de este coeficiente, se deba comentar que:

– En primer lugar, este coeficiente tomará sólo valores que irán entre  $-1$  y  $1$ . Así, cuanto más se aproxime a estos números enteros, más relacionadas están las variables objeto de la medición. Aunque hay que realizar una apreciación, si el signo del coeficiente es negativo ( $-$ ), la relación será negativa o inversa (31), mientras que si la adyacencia resulta con signo positivo (32), la relación será positiva o directa (33).

– En segundo lugar, si el valor de « $r$ » es cero ( $0$ ), o cercano a ese número, se debe determinar que no existe relación entre las variables en cuestión, o lo que es lo mismo, son incorreladas, incorrelacionadas o descorrelacionadas.

– No obstante lo anterior, se suele explicar que la correlación es muy alta y la relación entre variables es muy intensa cuando los valores de « $r$ » están entre  $0,8$  y  $1$ , o entre  $-1$  y  $-0,8$ . Por su parte, entre  $0,6$  y  $0,8$ , o entre  $-0,8$  y  $-0,6$  la correlación es alta y la relación intensa. En otro caso, cuando el valor de « $r$ » esté entre  $0,4$  y  $0,6$  o entre  $-0,6$  y  $-0,4$  la correlación es regular y la relación entre las variables objeto de medición considerable. Por otro lado, cuando el coeficiente de correlación toma un valor entre  $0,2$  y  $0,4$  o entre  $-0,4$  y  $-0,2$ , la correlación es baja y la relación pequeña, pero apreciable. Finalmente, para valores de « $r$ » contenidos en el tramo entre  $-0,2$  y  $0,2$ , la correlación es pequeña y la relación sería muy débil, casi cercana a la total incorrelación (34).

No obstante, habría que tener en cuenta la siguiente apreciación: la correlación no explica una relación causa-efecto entre las variables, sino que la dependencia estocástica lo que permite es –conociendo el

---

(30) Esto es, su influencia recíproca. *Vid.* GONZÁLEZ MANTEIGA *et al.*, 2009, p. 108.

(31) Esto es, la variable  $Y$  tiende a disminuir a medida que la  $X$  aumenta.

(32) Es decir, la variable  $Y$  aumenta a medida que lo hace  $X$ .

(33) SPIEGEL *et al.*, 2009, p. 345.

(34) GONZÁLEZ MANTEIGA *et al.*, 2009, p. 120.

valor de una de ellas– conocer como se comportará la otra de una manera más adecuada que si no se contase con dicha información.

Dicho de otro modo, aun cuando no puede afirmarse completamente una relación causal a través del estudio de la correlación, la misma explica la dependencia o asociación entre variables. Baste el siguiente ejemplo para aclarar el asunto: la edad no es la única causa de la altura o el peso, toda vez que afectará en estos caracteres físicos otros factores como la genética, la alimentación, etc; no obstante, la altura y el peso presentan una relación muy intensa con la edad, ya que será más alto un adulto de veinte años, que un adolescente de trece, o un niño de cinco años; pues bien, esto es lo que mide la correlación.

Por otra parte, para terminar con el apartado metodológico, se debe comentar que –en los casos más evidentes de correlación en virtud del coeficiente « $r$ »– se prestará atención también a otro parámetro, el denominado coeficiente de determinación, « $R^2$ », o como se nomenclatura en Statgraphics, R-cuadrado. El uso de este coeficiente es otra manera de medir la correlación, puesto que « $R^2$ » determina también la distancia existente entre los puntos de la distribución –pares de valores– y la curva resumen de los datos, denominada habitualmente como recta de regresión.

Lo que interesa en este punto es saber que el coeficiente de determinación al calcularse como la división de las varianzas (35), no cuenta con unidades de medida, con lo cual, es bastante útil para comparar distintas relaciones, incluso cuando las variables no tengan nada que ver.

Así, en todo caso « $R^2$ » oscilará entre 0 y 1. De este modo, si el ajuste fuera perfecto, esto es, la correlación es perfecta –todos los puntos de la gráfica se hallan en la recta de regresión– el valor del coeficiente sería 1. Por el contrario, si las variables  $X$  e  $Y$  no tienen relación ninguna en base a dicha recta, el valor de « $R^2$ » sería igual a 0.

Además, con habitualidad se asevera que el ajuste es tolerable cuando el coeficiente de determinación alcanza al menos el valor de 0,75 (36). Ahora bien, en este caso, se utilizará como medio de complementación de la información del coeficiente de correlación lineal, cuando existan dudas sobre la bondad del ajuste.

Por último, para terminar con el apartado relativo a la correlación, se debe indicar que en este trabajo se utilizará el estudio del grado de asociación en varias ocasiones, para observar la mayor o menor dependencia de las variables objeto de estudio –una de las cuales en la mayoría de los casos será la población reclusa española–. De este modo, podrá compararse por periodos de tiempo si mencionada dependencia entre variables aumentó o, por el contrario, disminuyó, puesto que ello

---


$$(35) \quad R^2 = 1 - s_{rY}^2 / s_Y^2$$

(36) GARCÍA RAMOS *et al.*, 2009, p. 103.



permitirá observar si una determinada medida política criminal ha sido la causante o, al menos, ha provocado ciertos movimientos a medio-largo plazo en la población penitenciaria española (37).

Por otra parte, al efecto de observar o explicar las cifras de población penitenciaria española y su evolución, de acuerdo a la delincuencia, se debe advertir que se ha usado otro procedimiento de naturaleza estadística, como sería el cálculo de números índice, esto es, la variación relativa que se produce en una magnitud –en este caso– a lo largo del tiempo, a partir de un periodo base o de referencia (38).

Respecto de los números índice poco más hay que aportar, puesto que en el momento en el que aparezcan, se comprenderá fácilmente su operatividad y funcionamiento, máxime cuando el análisis en cuestión será de bastante simpleza.

Finalmente, con carácter previo a la inmersión en el nudo gordiano del presente trabajo, se debe efectuar una aclaración relativa a los argumentos que han motivado la no diferenciación de la población penitenciaria en sexos. Como se puede observar en la Tabla 2, las proporciones de reclusos de distinto sexo se mantienen generalmente constantes a lo largo del tiempo, siguiendo una tendencia a la baja –el color negro del diagrama de sectores corresponde a mujeres– de la población reclusa total, por ende, se trabajará con los datos totales, y no relativos a varones y mujeres, toda vez que la población reclusa femenina española es ínfima si se la compara con la de los hombres, y desde hace casi dos décadas se sitúa y se mantiene en torno al 7,5 u 8 % de la población reclusa total.

Sexo\Años	2000	2005	2011	ago-18
<b>Varones</b>	41.451	56.291	65.184	54.810
<b>Mujeres</b>	3.653	4.763	5.288	4.432
<b>Total</b>	45.104	61.054	70.472	59.242
<b>% Varones</b>	91,9	92,2	92,5	92,52
<b>% Mujeres</b>	8,1	7,8	7,5	7,48
<b>Total %</b>	100	100	100	100

(37) Se debe comentar que las relaciones que se tratan de encontrar normalmente son las lineales, puesto que son las más evidentes e intuitivas. No obstante, cuando del análisis lineal y de la nube de puntos asociada a los pares de valores se haya podido entrever algún tipo de relación distinta a la lineal –como por ejemplo la exponencial, potencial, la parabólica o la hiperbólica–, se ha ensayado con la misma, como ocurrirá al analizar la tendencia de la serie evolutiva.

(38) GARCÍA RAMOS *et al.*, 2009, pp. 109-111.

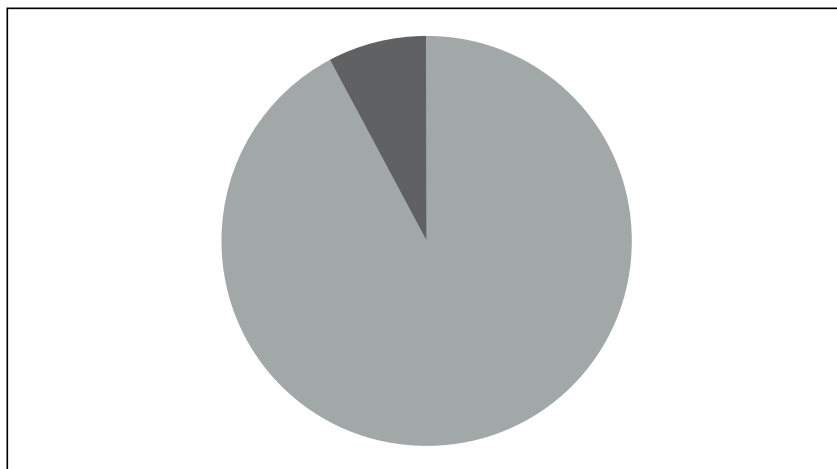


Tabla 2. *Distribución de la población reclusa española por sexos, en los años 2000, 2005, 2011 y la última referencia hasta el momento (agosto 2018) (39)*

#### IV. LA TENDENCIA ALCISTA DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA ESPAÑOLA HASTA 2009, ¿TUVO SU ORIGEN EN LA DELINCUENCIA?

Una vez se han abordado las previsiones metodológicas y se han explicado los objetivos que pretende desarrollar el presente trabajo, es el momento de aterrizar en el nudo gordiano del mismo, que no es otro que analizar la evolución de la población penitenciaria española.

La población penitenciaria privada de libertad en las cárceles españolas, desde los años noventa, fue incrementándose de manera notable, al punto de doblarse dicha población en menos de veinte años –entre los años 1990 y 2007– (40).

De este modo, como ya se pudo apreciar en la Tabla 1, la población reclusa española de hace tres décadas presentaba una senda alcista, tendencia que mantuvo desde el inicio de la serie histórica hasta el año 2009, donde el cambio de tendencia se manifestó claramente, al alcanzar su máximo histórico e iniciar un ciclo declinatorio.

Así, como ya se ha advertido, y se puede observar en la Tabla 3, la población reclusa española aumentó de una manera constante, incrementándose en 30.000 personas –en términos absolutos–, el número de sujetos internos en las cárceles españolas, en tan sólo diez años (2000-2009).

(39) Fuente INE: elaboración propia.

(40) No obstante, la población reclusa española desde 2007 siguió creciendo, a un acentuado ritmo.

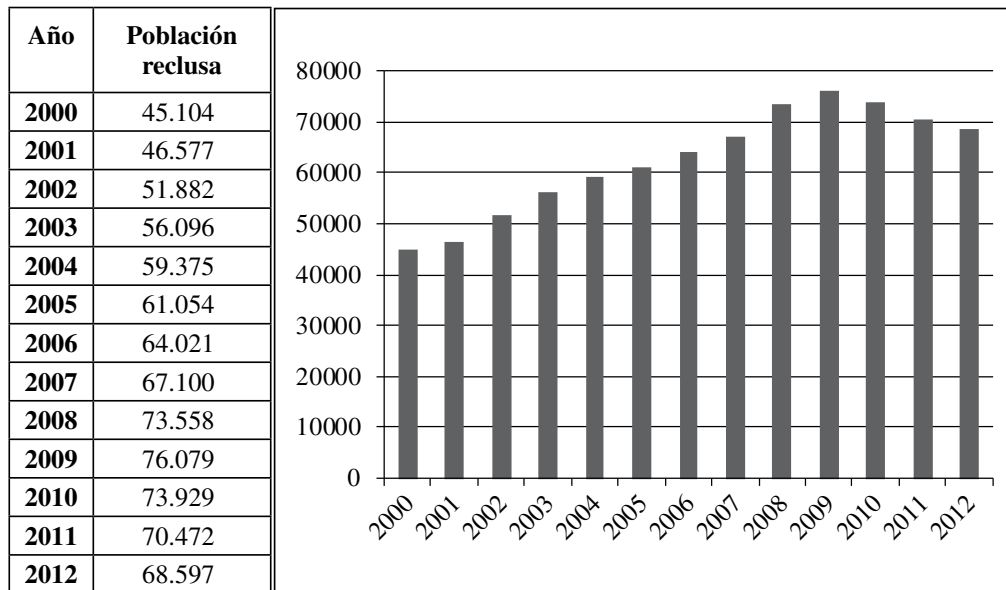


Tabla 3. Representación gráfica de la población penitenciaria española en el periodo 2000-2012 (41)

De este modo, la tendencia continuó la senda alcista de los noventa (42), ya que si la serie era analizada desde el año 1990 –cuando la población privada de libertad en España era de aproximadamente 33.000 internos–, se observaba que en sólo dos décadas se había multiplicado tal población en más del doble, pasando de 33.058 internos (1990) a 76.079 reclusos (2009), aumentando la población penitenciaria en unos 43.000 individuos (43). A mayor abundamiento, se debe decir que ese incremento fue mucho más acusado entre 2000 y 2009, puesto que en dicha década se incrementó la población penitenciaria en 31.000 individuos, a un ritmo medio de 3.000 internos más al año, esto es, más individuos que capacidad tenía y tiene un centro penitenciario «tipo».

Ante tales cifras, cualquier ciudadano medio se podría preguntar a sí mismo acerca las causas de tal incremento, y pensar a priori que dicha acrecencia se podría deber a la mayor comisión de delitos en España, ya

(41) Fuente INE: elaboración propia.

(42) En este sentido, véase nuevamente la Tabla 1.

(43) Además, debe tenerse en cuenta que hace justo cuarenta años, en 1978, la población penitenciaria española era de 11.826 internos. *Vid.* DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 455. De esta manera, en tres décadas la población reclusa española –la población penitenciaria de la recién fundada «democracia»– aumentó en casi 65.000 individuos, a un ritmo de casi 22.000 privados de libertad más cada diez años, o lo que es lo mismo, la población carcelaria española se incrementaba a un ritmo de unos 2.100-2.200 individuos al año. Ante tales cifras, ¿tanta criminalidad existía en nuestro país?

que como efecto inequívoco de una mayor criminalidad, consecuentemente, la población interna en instituciones de reclusión creció.

Por este motivo, parece lógico que deba analizarse las razones de esta gravosa intensificación del número de reclusos, observando primeramente si dicho aumento va de la mano del acrecentamiento de los delitos cometidos.

Para ello, como ya se comentó en el apartado metodológico, se utiliza *Números Índice*, toda vez que los cuales son la medida estadística que posibilita el análisis de las variaciones relativas que se producen en una magnitud –en este particular, población reclusa y delitos y faltas– a lo largo del tiempo, a partir de un periodo que se tomará como base (44).

De este modo, el estudio de las variaciones en la Población reclusa y de las variaciones en el total de delitos y faltas producidos, se puede observar en la Tabla 4, con base en el año 2000, y nos servirá para comparar y observar si los movimientos de la población reclusa, y su incremento hasta el 2009 –específicamente– se explica cómo un aumento de la criminalidad en el particular de nuestro país.

Año	Población reclusa	Índices base 2000	Total delitos y faltas	Índice base 2000
2000	45.104	1	1.721.089	1
2001	46.577	1,032657857	1.905.118	1,106925906
2002	51.882	1,15027492	2.020.131	1,173751619
2003	56.096	1,243703441	1.955.902	1,136432805
2004	59.375	1,316402093	1.938.910	1,126559986
2005	61.054	1,353627173	1.985.315	1,153522566
2006	64.021	1,419408478	1.884.193	1,094767906
2007	67.100	1,487672934	1.882.642	1,093866732
2008	73.558	1,630853139	1.858.197	1,079663515
2009	76.079	1,686746187	1.777.465	1,032756005
2010	73.929	1,639078574	1.745.313	1,01407481
2011	70.472	1,562433487	1.734.841	1,00799029

Tabla 4. *Variación relativa de la magnitud Población reclusa y Total de delitos y faltas producidos en España durante el periodo 2000 – 2011* (45)

No obstante, como se puede observar, tras el examen escrupuloso de la Tabla anterior y de las gráficas contenidas en las Tablas 5, 6 y 7, se

(44) Para mayor información sobre *Números Índices*, volver al Epígrafe sobre Metodología «in fine». Vid. GARCÍA RAMOS et al., 2009, p. 110.

(45) Fuente INE y Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior: elaboración propia.

puede afirmar que estas cifras no van de la mano, ya que la población reclusa sigue una tendencia de crecimiento constante hasta el 2009, mientras que la comisión de delitos –aunque en los primeros años crece a un ritmo superior a los de la población penitenciaria–, desde el año 2002 las cifras de criminalidad en adelante se mantienen (46) y comienza a disminuir la serie hasta el punto de situarse –en el periodo 2009-2011– en valores similares a las tasas delictuales de principios del siglo XXI.

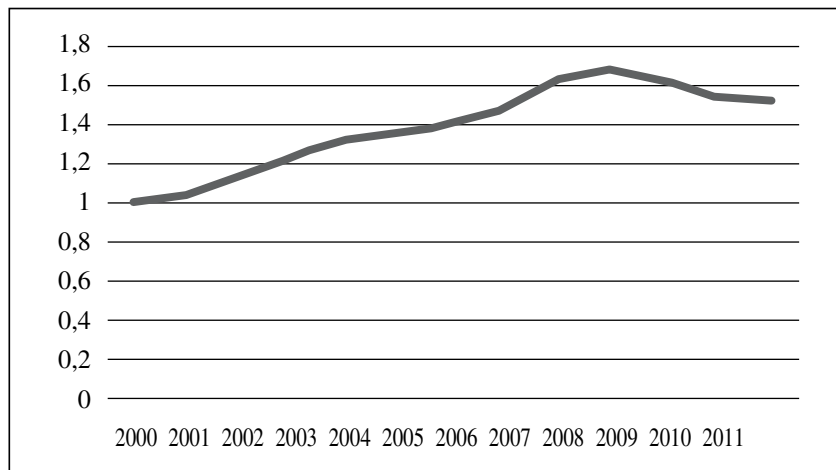


Tabla 5. *Gráfica sobre la Evolución población penitenciaria desde el año 2000* (47)

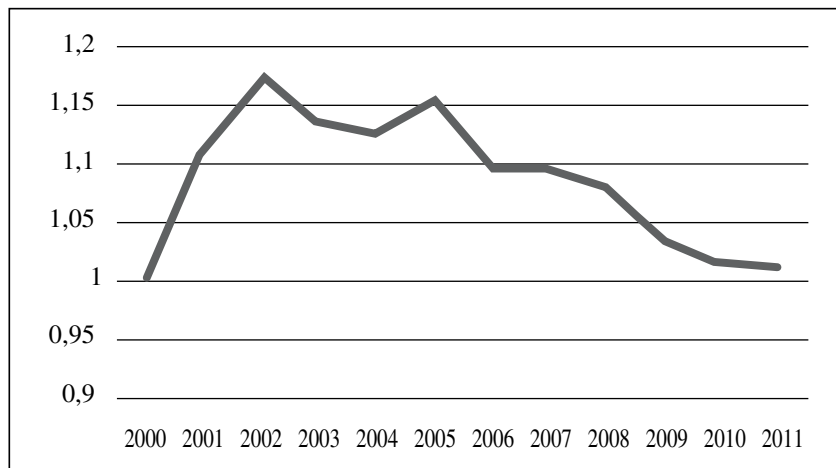


Tabla 6. *Gráfica sobre la Evolución del número de delitos y faltas cometidos en España desde el año 2000* (48)

(46) En Números Índice entre 1,15 y 1,1.

(47) Fuente Tabla 4: elaboración propia.

(48) *Idem.*

Por tanto, este argumento –aumento de la delincuencia– tantas veces esgrimido por el gobierno de turno o los medios de comunicación para justificar esta sobrepoblación carcelaria (49) y llevar a cabo reformas penales más limitativas de los derechos fundamentales, al efecto de reprimir más a los potenciales delincuentes, se desvanece en su propio ser, ya que como se puede advertir –más claramente incluso en la Tabla 7– los incrementos y decrementos de las variables analizadas son dispares (50). Además, también se puede corroborar este resultado conforme al número de entradas en prisión, puesto que las entradas de internos en prisión desde 1996 no fue en aumento, sino todo lo contrario (51).

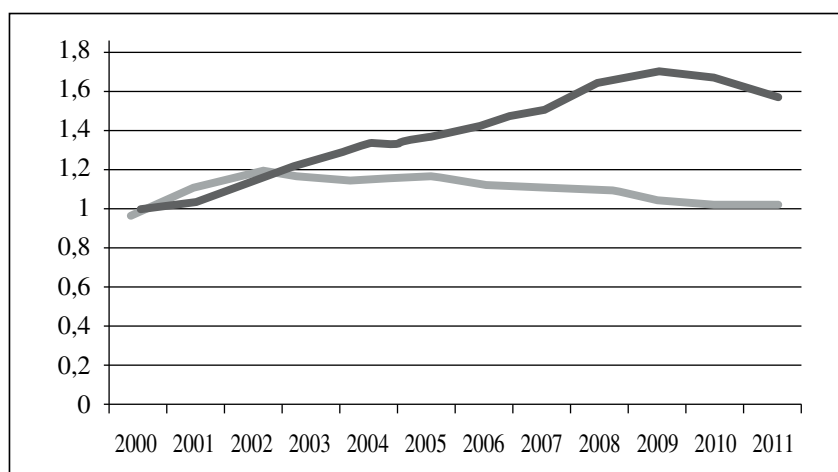


Tabla 7. *Gráfica sobre Evolución de la población penitenciaria y de la delincuencia a partir del 2000 (52)*

(49) La gran mayoría de los investigadores en la materia –como Melossi, Christie o Pavarini– discrepan con la teoría en virtud de la cual el incremento de la población reclusa se debe al aumento de la delincuencia. *Vid.* RIVERA, 2006, p. 754.

(50) No obstante, un fenómeno similar se produjo en Estados Unidos, en que el sistema punitivo cambió por una modificación de las ideas que lo fundamentaban, trasladándose desde el paradigma de la rehabilitación al amparo del castigo y de la incapacitación, aumentándose la población penitenciaria, sin aumentar el delito. *Vid.* BALLESTER RUBIO, 2016, p. 86.

(51) En este sentido, véase el análisis realizado por CID MOLINÉ (2008) en su Tabla 2 y por CID MOLINÉ (2002) en su Cuadro 2. De acuerdo a ello, de 1996 a 2006, las entradas en prisión se redujeron sustancialmente, y específicamente desde el 2000 al 2005 disminuyeron un 20 por ciento, aunque a pesar de ello, la población reclusa siguió creciendo. *Vid.* CID MOLINÉ, 2008, p. 4.

(52) Fuente Tabla 5 y 6: elaboración propia. Representación conjunta. En negro población penitenciaria; en gris total delitos y faltas.

Por ello, en un primer término y teniendo en consideración todo lo anteriormente dicho, siguiendo las tesis sostenidas por el profesor Mapelli Caffarena (53), se puede decir que las causas que dieron lugar a este incesante y continuo crecimiento de la población penitenciaria española, serían las que siguen:

- El preocupante crecimiento de la población privada de libertad se debió a una situación de auténtica emergencia del sistema penal. Ello, consecuentemente, en la línea argumentada en el epígrafe introductorio, provocó unos costes a soportar por el Estado que se tradujo en un aumento de impuestos a la ciudadanía.

- El Plan de edificación de nuevos Centros Penitenciarios de 1991, comenzó a cosechar sus frutos en el año 2000. Desde esa fecha, sólo en Andalucía se inauguraron siete Establecimientos con tal finalidad.

- Este Plan de 1991 pretendía la mejora y sustitución de las antiguas prisiones, sin embargo, en las Penitenciarias se produce un fenómeno de irreversibilidad, ya que aunque se preveía la destrucción de las antiguas cárceles, éstas se niegan a desaparecer.

- Además, las prisiones son insaciables, esto es, se crean y tienden a estar llenas (54), sin producirse el vaciamiento de ninguna otra –en este sentido no resulta cierta la teoría de los vasos comunicantes–.

- Las cárceles se crean para estar sobrepobladas, tanto es así que la Ley Orgánica General Penitenciaria obliga a que cada preso goce de una celda individual, para respetar su dignidad e intimidad, mas sin embargo, el propio diseño y ejecución del Establecimiento Penitenciario –por ejemplo, Puerto III que se construyó en 2007 con 1008 celdas–, se asienta y encuentra acomodo en el sistema de celdas compartidas, al incluirse en cada una de ellas literas.

- Tanto los partidos políticos de izquierda como de derecha, han utilizado preferentemente la pena privativa libertad frente al delito, ya que la represión vende (55) y está bien vista por el resto de la sociedad (56).

---

(53) Borja Mapelli Caffarena, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla y Especialista en Derecho Penitenciario. Es su propuesta defendida en clases de Grado, Máster y en bastantes conferencias y ponencias desarrolladas.

(54) Tanto es así, que Bélgica arrienda a los Estados vecinos como Holanda, las celdas para recluir a los presos holandeses.

(55) Con la afectación en el número de votos que puede tener modificaciones sustanciales de la política criminal. Respecto de la opinión pública y el derecho penal, puede hablarse de cómo los medios de comunicación crean el mapa de la realidad de los ciudadanos, y también, claro está, también de la justicia penal. *Vid.* FUENTES OSORIO, 2005, pp. 13-14.

(56) En este sentido, se puede mencionar las razones políticas de la disminución de la aplicación de la libertad condicional en España –tras el Código penal del

– De la anterior causa se desprende que todas las reformas penales se llevaron a cabo para introducir nuevos tipos –nuevas conductas delictivas– o para aumentar la duración de la pena. Esta es la principal causa de la sobrepoblación penitenciaria, no es que aumente *per se* el número de reclusos, sino que los delincuentes pasan más tiempo en la cárcel, con los problemas constitucionales que ello provoca en un Estado Social y Democrático de Derecho –como ocurre con este país ibérico–, orientado a la resocialización del reo –art. 25 de la Constitución Española–, ya que en vez de reeducar y resocializar al penado lo antes posible, ese aumento de la duración de las condenas institucionaliza al individuo interno en un Establecimiento Penitenciario.

– El aumento de las penas en relación a los tipos contenidos en los arts. 368 y 369 del Código penal, relativos al tráfico de drogas y estupefacientes, que era el delito por el que cumplían condena dos tercios de los reclusos.

– La alta población penitenciaria preventiva, que se hallaba a la espera de ser juzgada.

No obstante, con independencia de las razones argüidas por Borja Mapelli, se debe aseverar otras razones que provocaron ese incremento constante de la población reclusa en nuestro país.

En primer lugar, es dable destacar que España –tras la llegada de la democracia– sufrió una expansión global del Derecho penal (57), criminalizándose conductas –las cuales nunca antes habían sido castigadas penalmente– por razones tecnológicas, sociales (58) o puramente punitivistas, apareciendo delitos novedosos donde antes meramente se sancionaba administrativamente (59), como en el ámbito de la seguridad vial (60).

---

95–, puesto que el sistema penal cambia de discurso desde el principio de confianza en el preso –que es el que debe prevalecer– al de retención y custodia como medios para proteger a la sociedad. *Vid.* ROLDÁN BARBERO, 2010, p. 6.

(57) En este sentido, se debe hacer mención a que en España muchos autores han tratado el problema de la expansión del derecho penal, o el denominado derecho penal en la sociedad de riesgo, lo que amplía los contornos clásicos del derecho penal. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, 2011; MENDOZA BUERGO, 2001, o GRACIA MARTÍN, 2003; entre otros.

(58) Un poco en la línea de la que hablaba Garland en relación al cambio de cultura y como desde las instancias de control estas ideas puede llevarse a la sociedad. *Vid.* GARLAND, 2005.

(59) Decía Garland que el sistema penal y penitenciario –que establece la forma del castigo de una determinada sociedad– se ve afectado por la cultura, esto es, por «todos aquellos conceptos y valores, categorías y distinciones, marcos de ideas y sistemas de creencias que los humanos usan para construir su mundo y representarlo de manera ordenada y significativa». *Vid.* GARLAND, 1999, p. 229.

(60) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 458.



Por ello no es de extrañar que otro motivo aducido para explicar el acrecimiento sea simplemente la aplicación e implementación del Código Penal de 1995, cuyos efectos –como es lógico pensar– no se evidenció de inmediato, sino que empezó a visualizarse en el medio-largo plazo, esto es, a partir de pasados cinco años de la implantación de este texto legal. Ello es así, pues en este Código se incrementaron muchas de las penas establecidas y se redujeron los mecanismos para obtener la redención de penas, que por tanto, acortaban la estadía en prisión de los beneficiados por ellos (61). Es decir, el Estado español optó por la estrategia nefasta de encarcelar más, ya que se aumentó en ese periodo la presión del sistema penal sobre los foráneos o extranjeros (62). Además, se incrementó considerablemente la duración del encarcelamiento, lo que provocó la existencia de mayor cantidad de población reclusa, toda vez que el número de condenas se mantuvo en cifras similares o incluso menores (63).

Por otra parte, también la doctrina entiende que la aplicación de las alternativas a prisión fijadas en el Código Penal español de 1995, fueron insuficientes (64). Esto es así, puesto que aunque se redujo las condenas penales por delito, se disminuyó el porcentaje de condenas a penas privativas de libertad, se aumentaron las cifras de penas privativas de libertad suspendidas o sustituidas y se utilizó en menor medida la prisión preventiva; no obstante lo anterior, existieron –a su vez– importantes falencias en el sistema de penas alternativas a prisión, puesto que aun cuando el Código permitía la suspensión de la condena para drogodependientes, apenas se aplicó esta medida (65).

Igualmente, tampoco se aplicaron con asiduidad las opciones y herramientas que el Código introducía a favor de la reinserción, siendo la libertad condicional el instrumento por medio del cual se articulaba la preconizada reinserción. No obstante, tras la aprobación del Código penal se produjo una disminución muy sustancial de las libertades condicionales concedidas, siendo en 1996 de cerca de 26 libertades concedidas por cada cien condenados y pasando en 2005 y 2008 a una cifra cercana a 11 libertades condicionales concedidas (66), lo que contribuyó también a conformar una mayor pobla-

---

(61) Algún autor incluso entendió que se trataba de la entera abolición del sistema de redención de penas que permitía reducir de un tercio a la mitad la estancia en prisión. *Vid.* NAVARRO, 1997, pp. 230-237.

(62) En el año 2009, la población reclusa extranjera era en torno el 37 por ciento del total.

(63) TAMARIT SUMALLA, 2007, p. 8; CID MOLINÉ, 2008, pp. 3-5.

(64) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2005.

(65) CID MOLINÉ *et al.*, 2002.

(66) CID MOLINÉ, 2008, pp. 17-18

ción penitenciaria (67). Realmente, no es que el Código penal de 1995 incorporase criterios para la concesión de esta cuarta etapa de la condena, sino que requirió del «Informe pronóstico de la reinserción» (68), que junto a la mayor duración de las penas, propició el crecimiento de la población reclusa (69). Finalmente, desde 2003, la situación empeoró, toda vez que se exigió una cláusula de refuerzo a la hora de conceder la libertad condicional. Tal cláusula consistió en que se cumpliera con los requisitos de buena conducta y además existiera un pronóstico favorable de reinserción social, requerimientos que se entendían no cumplidos si el condenado no había sufragado aún la responsabilidad civil derivada del delito cometido (70).

Por último, debe hacerse alusión a las reformas del Código penal español acaecidas en los años 2003 y 2004, principalmente a la hora de categorizar como delito algunas conductas insertas en la denominada violencia doméstica, que provocó una elevación del número de ingresos de personas en prisión por este motivo en los años venideros, multiplicándose por ocho la cifra de personas condenadas por esta clase de delitos. De esta manera, en 1996 los individuos condenados por estos delitos ascendían al valor de 3.500 personas; mientras que en 2005, ya la cifra se acercaba a los 26.000 condenados (71).

Ante esta insostenible situación, el Grupo de Estudios de Política Criminal (72), ya en 2005 proponía mecanismos para reformar el sistema de penas, en base a los principios de humanidad, proporcionalidad y resocialización. Estas medidas pretendían evitar la entrada en prisión como primera opción cuando los delitos no fueran graves, al efecto de limitar la duración efectiva de las penas y mejorar las posibilidades de rehabilitación del penado (73).

---

(67) Esto es así puesto que el sistema español de la libertad condicional acoge el modelo discrecional a diferencia del sistema sueco o finlandés de concesión obligatoria, que determina que el penado siempre extinga su condena habiendo disfrutado antes de la libertad condicional. *Vid.* TÉBAR VILCHES, 2006.

(68) Algunos autores entienden que este Informe es fundamental y menesteroso. *Vid.* ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA *et al.*, 2004, pp. 355-356.

(69) ROLDÁN BARBERO, 2010, p. 6.

(70) Gran parte de la doctrina abogaban por la aplicación más mesurada de esta presunción. *Vid.* RENART GARCÍA, 2003, p. 122; MUÑOZ CONDE *et al.*, 2004, pp. 570-571; MAPELLI CAFFARENA, 2005, p. 173.

(71) CID MOLINÉ, 2008, pp. 22-23.

(72) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, 2005, pp. 11-12.

(73) CID MOLINÉ, 2008, pp. 24-25.

## V. LA EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA ESPAÑOLA DESDE 2009 HASTA LA ACTUALIDAD: EXAMEN ANALÍTICO

Desde 2009 la tendencia alcista –en virtud de la cual España cada año superaba su récord en su población privada de libertad– se alternó, y la población reclusa española comenzó a presentar una senda declinatoria, comportamiento que no sucedía desde 1999, cuando la población penitenciaria descendió en sólo 173 reclusos. De todas formas, una disminución destacable en el número de presos habidos en el país de la península ibérica, se produjo en el bienio 1994-1996, donde se redujo el número de internos en 5241 individuos.

No obstante, estos comportamientos fueron excepcionales, toda vez que la serie continuó el ritmo ascendente, al punto de doblarse el número de reclusos entre el 1990 y 2007, como ya se mencionó en el epígrafe anterior.

Así, desde que se cuentan con datos relativos a la población penitenciaria en las últimas tres décadas –Tabla 8–, en ningún momento se ha producido un descenso de la población reclusa tan significativo y acuciado como el que se viene produciendo desde 2009 y que continúa en la actualidad. De este modo, en un periodo de más de ocho años, los internos en las cárceles españolas han disminuido en casi 20.000 personas –17.265 para ser exactos–.

Año	N.º reclusos	Año	N.º reclusos	Año	N.º reclusos
<b>1990</b>	33.058	<b>2000</b>	45.104	<b>2010</b>	73.929
<b>1991</b>	37.857	<b>2001</b>	46.577	<b>2011</b>	70.472
<b>1992</b>	41.894	<b>2002</b>	51.882	<b>2012</b>	68.597
<b>1993</b>	46.076	<b>2003</b>	56.096	<b>2013</b>	66.765
<b>1994</b>	47.144	<b>2004</b>	59.375	<b>2014</b>	65.017
<b>1995</b>	44.956	<b>2005</b>	61.054	<b>2015</b>	61.614
<b>1996</b>	41.903	<b>2006</b>	64.021	<b>2016</b>	59.589
<b>1997</b>	42.756	<b>2007</b>	67.100	<b>2017</b>	58.814
<b>1998</b>	44.370	<b>2008</b>	73.558		
<b>1999</b>	44.197	<b>2009</b>	76.079		

Tabla 8. *Evolución de la población penitenciaria en España por años –a 31 de diciembre de cada año– (74)*

(74) Fuente INE y Estadísticas Penitenciarias facilitada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: elaboración propia. Téngase en cuenta que el último dato ofrecido es el relativo a agosto de 2018, no obstante, insertar

De este modo, como se puede observar en la Tabla 9, la población penitenciaria española se ha situado en niveles de hace unos quince años, en torno a los 58.000 reclusos, cifras de inicios de otra década, entre los años 2003 y 2004.

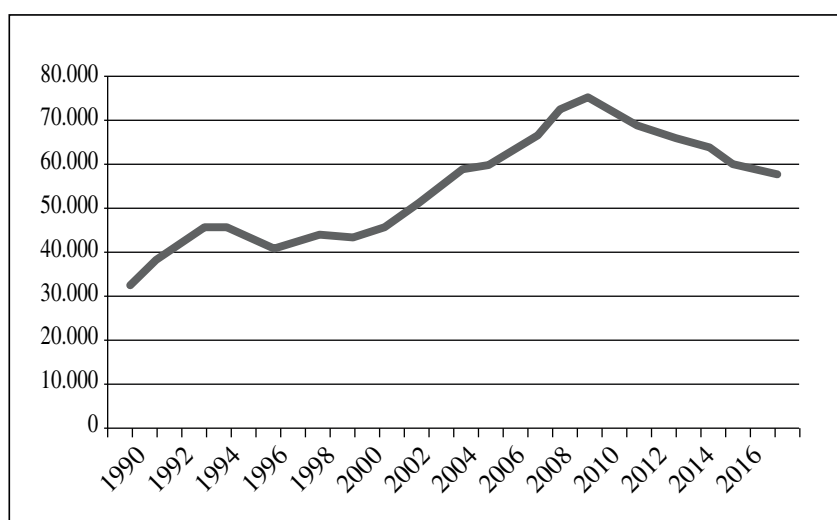


Tabla 9. *Evolución de la población reclusa española en el periodo 1990-2017 (75)*

De igual manera puede observarse si se analiza la Tabla 10, donde se puede ver la evolución del número de reclusos por cada 100.000 habitantes. Dicha gráfica es casi idéntica a la Tabla 9 que se encuentra sobre estas líneas. Así, puede afirmarse sin temor a equivocaciones, que la población reclusa española se ha situado en niveles de los años 2002-2003, también en cuanto al número de reclusos, atendiendo a la población total española, esto es, en atención a cierta relatividad del análisis y no sólo en términos absolutos.

en esta Tabla ese dato podría desvirtuar la serie, puesto que como se ha analizado en otro trabajo del autor que presenta esta investigación, la población reclusa española –aunque en un grado pequeño– adolece de cierta estacionalidad. Así, en los trimestres centrales la población penitenciaria española crece –posiblemente como consecuencia de las leyes térmicas–. Por ende, incluir el dato de agosto invertiría la tendencia descendente, iniciada en el año 2009. Incluir este dato podría resultar erróneo, toda vez que habría que ver la serie en el mismo momento del año –a 31 de diciembre–, para poder comparar si continúa la senda declinatoria –que de acuerdo a los últimos datos– parece que así será a finales de 2018.

(75) Fuente INE: elaboración propia.

Año	Recl./100 mil hab.	Año	Recl./100 mil hab.	Año	Recl./100 mil hab.
1990	85	2000	111	2010	157
1991	97	2001	113	2011	149
1992	107	2002	124	2012	145
1993	117	2003	131	2013	142
1994	119	2004	137	2014	139
1995	113	2005	138	2015	132
1996	105	2006	143	2016	128
1997	107	2007	148	2017	126
1998	111	2008	159		
1999	110	2009	163		

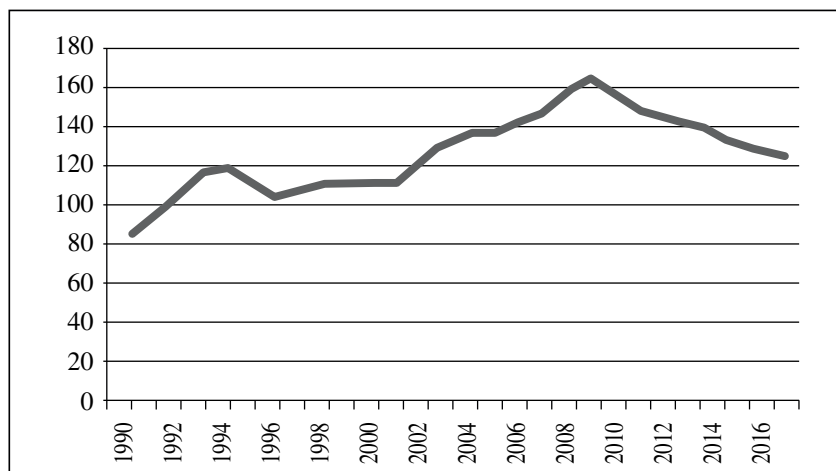


Tabla 10. *Evolución población reclusa española (1990-2017) en términos relativos. Número de internos por cada 100.000 habitantes*

Ahora bien, aun cuando la serie en términos absolutos continúa presentando una senda declinatoria, tampoco es menos cierto que en los dos últimos años la pendiente es menor –véase Tabla 11–, por lo que parece que se está frenando el ritmo de disminución que venía mostrándose desde 2009. Para aseverar tal apreciación se puede argumentar que la población reclusa española en la última anualidad sólo disminuyó en 775 personas, cuando el ritmo medio de descenso era de 2356 personas –sin contar la desaceleración en el descenso producido durante el 2017 (76)–.

(76) Incluso si se incluyera la anualidad 2017, el ritmo medio de disminución en los últimos ocho años era de 2158 individuos, cifra alejada de los 775 de la última anualidad.

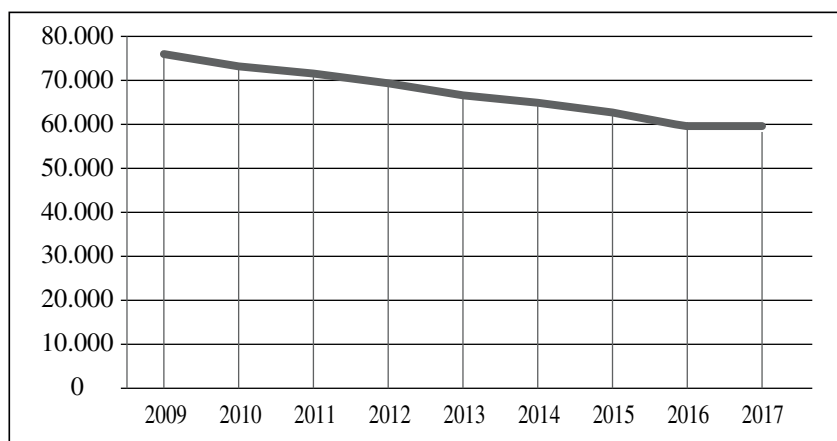


Tabla 11. Ampliación de los últimos nueve datos de la serie (2009-2017) (77).

Este aspecto se corrobora atendiendo al último dato con el que se cuenta al momento de realizar este trabajo –agosto de 2018–, si se compara con los meses de agosto de años anteriores –Tabla 12–. De este modo, se puede observar claramente dicha desaceleración en el descenso de la serie.

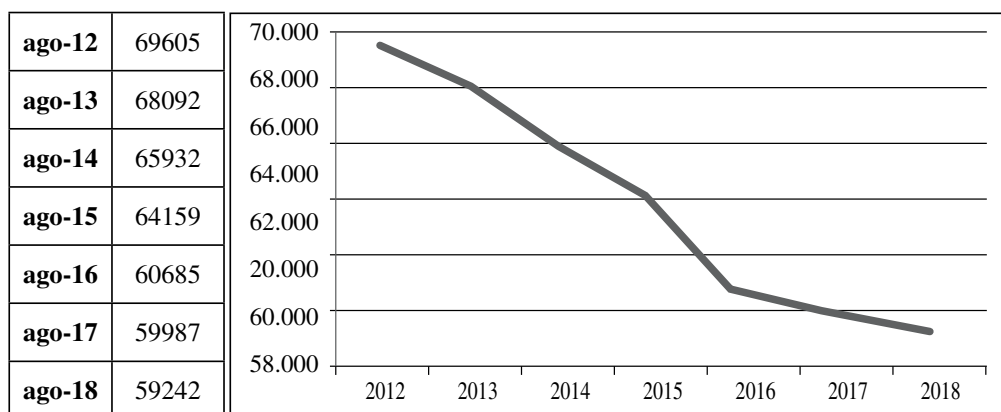


Tabla 12. Población reclusa española en los meses de agosto de los últimos 7 años (2012-2018) (78).

Por tanto, si se presta atención a los datos estadísticos que nos ofrecen las Tablas 11 y 12, se puede afirmar que «a priori» la población

(77) Fuente INE –Tabla 8–: elaboración propia. A mayor abundamiento esta recta puede utilizarse para realizar predicciones, puesto que la recta en cuestión de la serie presenta un ajuste muy bondadoso, en relación a la recta de regresión, toda vez que presenta un Coeficiente de Determinación «R<sup>2</sup>», de 0,99; por lo que el ajuste es casi perfecto, esto es, el 99 por ciento de la recta de regresión viene explicada por la propia serie.

(78) Fuente Estadística Penitenciaria facilitada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: elaboración propia.

penitenciaria española continuará descendiendo en los próximos años, aunque parece ser que su ritmo de decrecimiento se verá ralentizado, posiblemente, porque en los años venideros se estaría llegando al límite mínimo de población reclusa que puede alcanzarse con el sistema penal y la política criminal que se halla implantada hogaño en España. Esto es, llegará un momento en el cual –con el sistema penal instaurado y establecido actualmente– se estancará la población penitenciaria y no descenderá más, a no ser que se modifiquen los patrones y cifras delictuales y/o la respuesta punitiva y político-criminal del Estado (79), es decir, que se reformase el sistema penal a través de concretas políticas criminales que pretendan conseguir tal o cual objetivo en un momento determinado.

Incluso, si se analiza la tendencia total de la serie completa desde 1990, se podrá comprobar que el ritmo de descenso tenderá a disminuir (80), puesto que la tendencia última de la distribución es la de aumentar. De este modo, aun cuando se estudie las diferentes líneas de tendencia, la tendencia siempre presentará una pendiente positiva y, por ende, creciente –Tabla 13–, lo que a medio-largo plazo suavizará la recta de disminución de los últimos años hasta estancarla y mantenerla paralela al eje horizontal –eje de las X–, o tornar nuevamente la senda del crecimiento.

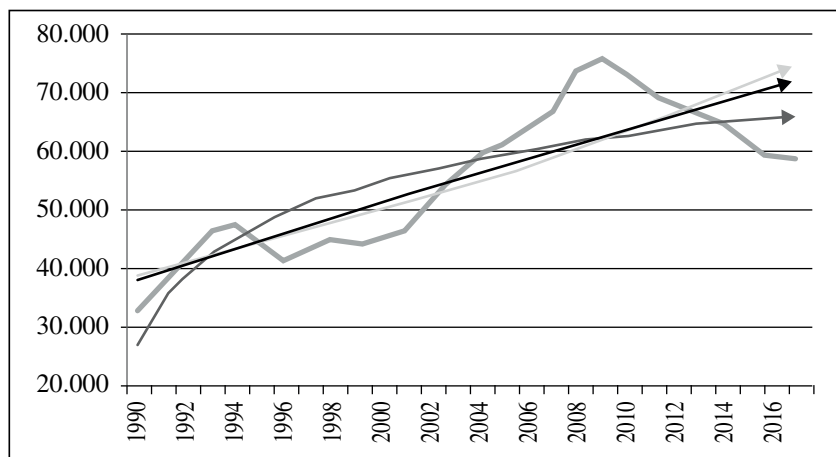


Tabla 13. *Tendencias lineal (81), exponencial (82) y logarítmica (83) de la serie completa desde el año 90 hasta la actualidad*

(79) No obstante, esta puede ser una razón para la ralentización del ritmo, o bien puede deberse a aspectos legales, a los que se aludirá en un análisis posterior.

(80) Se trataría aquí de realizar predicciones. Así, una de las funcionalidades del estudio de la regresión es la de realizar predicciones, siempre y cuando no se aleje en demasía del recorrido de la serie, ya que la predicción entonces podría ser no muy fiable.

(81) Tendencia lineal en negro.

(82) Tendencia exponencial en gris claro.

(83) Tendencia logarítmica en gris oscuro.

Finalmente, para terminar con las supuestas predicciones sobre el comportamiento de la población reclusa en los años próximos, se deben analizar las denominadas medidas estadísticas de posición y/o tendencia.

De este modo, como se puede observar en la Tabla 14, la serie está tendiendo hacia valores cercanos a la media y la mediana de la población reclusa española desde la entrada en vigor del Código Penal actual (84) –de 1995 (85)–. Además, sobre esos valores de población penitenciaria continuará en el corto y medio plazo, manteniéndose en todo caso por encima de los 45.840 reclusos y por debajo de los 66.932 internos, toda vez que sería el recorrido entre los cuartiles primero y tercero de la serie, lo que significa que en dicho intervalo se halla el 50 % de los valores centrales de la serie. Así, el número de privados de libertad en las cárceles españolas en 2017 fue de 58.814, justo un valor intermedio entre la media –58.427– y la mediana –59.589–.

Además, se debe tener en cuenta que los valores con los que se están trabajando son válidos, toda vez que la media aritmética obtenida es válida, puesto que posee la suficiente representatividad, al resultar un coeficiente de variación de Pearson de 0,1908, situándose por debajo de 0,5, momento en el cual habría que recelar de la representatividad de la media.

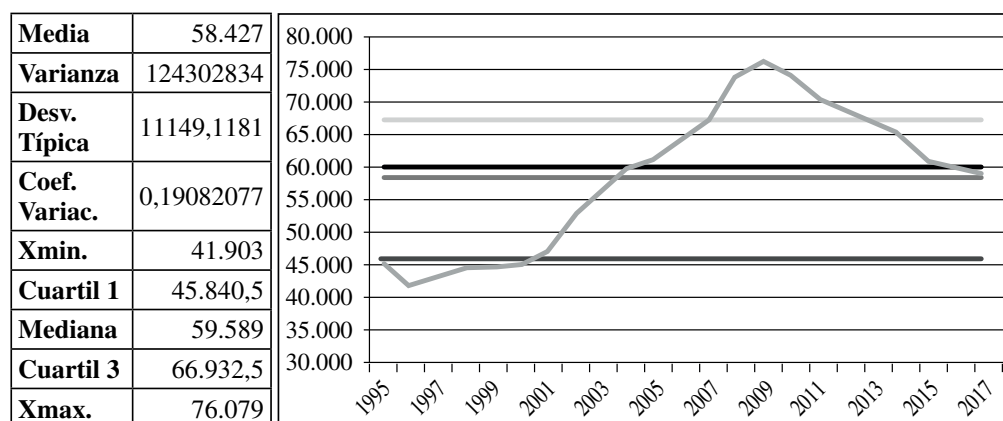


Tabla 14 (86). *Evolución de la población reclusa española desde la entrada en vigor del Código Penal (87) y medidas de posición (88)*

(84) Es decir, desde que se instaura el sistema penal que rige en España en la actualidad, sin perjuicio de las medidas de política criminal que pueden modificar parcialmente ese sistema, como ya se vieron en el epígrafe anterior, y que se analizarán para la subetapa 2009-2017 a continuación.

(85) Obviamente ha sido reformado en diversas ocasiones.

(86) Elaboración propia a partir de datos anteriores.

(87) Curva en gris, evolución de la población reclusa española desde la promulgación del Código (1995-2017).

(88) Línea gris oscuro: primer cuartil. Línea gris claro: tercer cuartil. Línea negro –superior–: mediana o segundo cuartil. Línea gris –inferior–: media aritmética de la serie.



## VI. RAZONES DEL CAMBIO DE TENDENCIA: ENTRE LOS EXTRANJEROS Y LA ECONOMÍA

Una vez observados y analizados los datos, se estaría en disposición de detenerse en el estudio de las eventuales razones, en virtud de las cuales se ha producido este cambio de tendencia en la población penitenciaria española, en la que a partir de 2009 se inicia una senda de descenso del número de individuos privados de libertad en las cárceles españolas de manera sostenida en el tiempo.

Cuanto menos, resulta curioso cómo la evolución de la serie aumenta constantemente hasta el año 2009, y ya a partir de 2010 la tendencia comienza a describir una vaguada que continúa hasta nuestros días. Es llamativo, puesto que fue en 2010 cuando se reforma el Código Penal, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

No obstante, algún autor ha analizado si el cambio demográfico penitenciario se debió principalmente a una disminución de las cifras de delincuencia, particularmente, de los extranjeros (89). Sin embargo, el número de delitos cometidos en 2009 presentaba una cifra similar a la que posteriormente se obtuvo para 2014 (90), de ahí que deba aseverarse que este factor no fue determinante de la reducción considerable observada en la población penitenciaria. Ahora bien, se puede observar cómo se produce una disminución a lo largo de los años del porcentaje de delitos y/o faltas cometidos por extranjeros, en relación al total de criminalidad (91). De este modo, este aspecto si podría redundar en una menor población penitenciaria, al ingresar menos personas en prisión de este grupo marginado (92) –Tabla 15–, ya que existen en las prisiones españolas menos individuos con difi-

---

(89) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 463.

(90) Incluso superior si se atiende a la criminalidad total, esto es, delitos más faltas. *Vid.* Anuario Estadístico del Ministerio del Interior.

(91) Hay que recordar las limitaciones de las estadísticas oficiales sobre criminalidad, que se comentaron *ad supra* en el apartado metodológico. En este sentido, véase también SERRANO GÓMEZ *et al.*, 2013, pp. 596-598.

(92) Este grupo es un colectivo social especialmente excluido. En este sentido, véase RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, pp. 7-42.

cultades para lograr la salida (93) de prisión (94) –Tabla 16– (95).

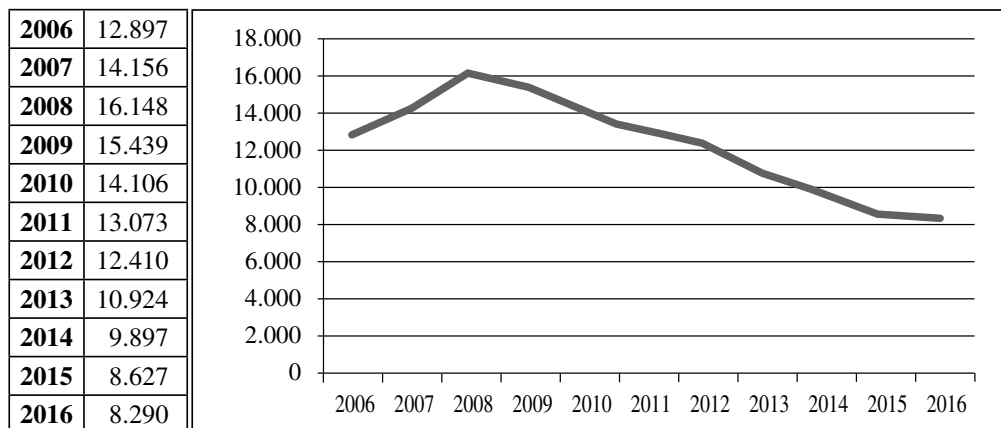
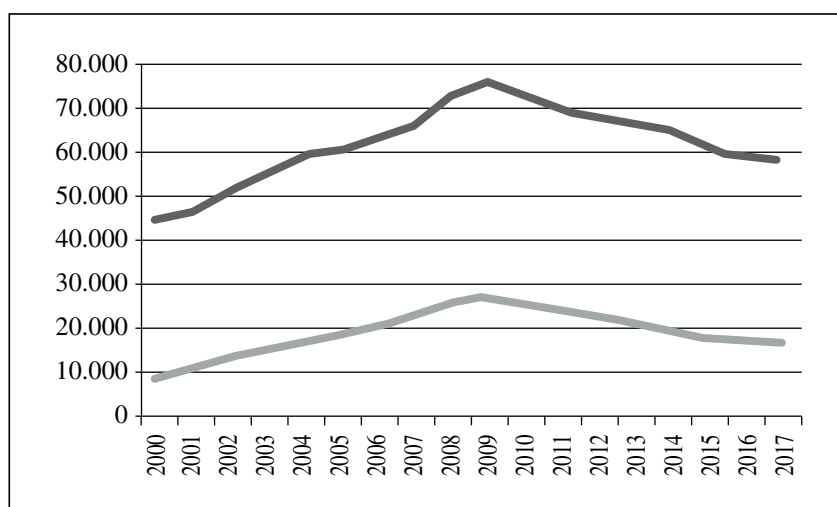


Tabla 15. *Ingresos de extranjeros en prisión –procedentes de libertad– por año (2006-2016) (96)*



(93) Gran parte de los elementos utilizados en el tratamiento penitenciario, no ostentan operatividad para los extranjeros privados de libertad, toda vez que muchos de estos instrumentos requieren de aspectos familiares, personales y sociales que los extranjeros en España, no pueden poseer. Ocurre así con el régimen de permisos, visitas, la obtención del tercer grado o la libertad condicional. *Vid.* BRANDARIZ GARCÍA, 2015, p. 18.

(94) Fenómeno denominado «expansión extensiva e intensiva» de la prisión.

(95) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 466.

(96) Fuente Estadística Penitenciaria recogida en los Informes Generales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 2010 a 2016: elaboración propia.

<b>Año</b>	<b>Total reclusos (rojo)</b>	<b>Reclusos extranjeros (verde)</b>
2000	45.104	8.990
2001	46.577	11.095
2002	51.882	13.413
2003	56.096	15.205
2004	59.375	17.302
2005	61.054	18.616
2006	64.021	20.643
2007	67.100	22.977
2008	73.558	26.201
2009	76.079	27.162
2010	73.929	26.315
2011	70.472	24.502
2012	68.597	22.893
2013	66.765	21.116
2014	65.017	19.697
2015	61.614	17.870
2016	59.589	17.130
2017	58.814	16.549

Tabla 16. *Evolución de la población penitenciaria extranjera en España en el periodo 2000-2017 (97)*

Igualmente, en la Tabla 16 se puede observar cómo las dos curvas son prácticamente iguales y se comportan de una manera similar –son casi paralelas–, por lo que podría parecer que el número de reclusos totales en España sufre variaciones justo en la medida en que presenta alteraciones el número de reclusos extranjeros. Por tanto, la población reclusa española aumentaría o disminuiría conforme a la población reclusa extranjera en España, presentando esta última un primordial influjo en la cifra total, evidentemente también en el descenso de los últimos años.

En cierto modo –como se puede analizar en la Tabla 17–, esta hipótesis se puede afirmar, toda vez que el descenso de la población penitenciaria extranjera en España representa un 61,5% respecto del descenso total que ha venido sufriendo la población penitenciaria española desde 2009. Además, se puede destacar como una vez se consolidó la reforma del Código Penal de 2010, para los años 2012, 2013 y 2014 el decremento de los extranjeros supuso casi la totalidad de la disminución sufrida por la población penitenciaria total, ya que

(97) Fuente INE y Estadística Penitenciaria: elaboración propia.

significaron casi el 86, el 97 y el 81 por ciento, respectivamente, de la reducción total de dichos años, esto es, principalmente en dichos años, la población penitenciaria española descendió primordialmente en individuos foráneos.

Año	Población reclusa	Población reclusa extranjera	Variación población reclusa	Var. Pobl. Recl. Extranjera	Porcentaje en tantos por 1
2009	76.079	27.162			
2010	73.929	26.315	-2.150	-847	0,39395349
2011	70.472	24.502	-3.457	-1.813	0,52444316
2012	68.597	22.893	-1.875	-1.609	0,85813333
2013	66.765	21.116	-1.832	-1.777	0,96997817
2014	65.017	19.697	-1.748	-1.419	0,8117849
2015	61.614	17.870	-3.403	-1.827	0,53687922
2016	59.589	17.130	-2.025	-740	0,3654321
2017	58.814	16.549	-775	-581	0,74967742
		<b>Total</b>	<b>-17.265</b>	<b>-10.613</b>	<b>0,61471184</b>

Tabla 17. *Porcentaje en tantos por uno del descenso de la población extranjera respecto del descenso total (98)*

No obstante, este descenso en el número de extranjeros no se debió a modificaciones en la política criminal española antes (99) y tras la reforma de 2010, puesto que herramientas como la libertad condicional y provisional escasamente se ha utilizado para ciudadanos extranjeros en los últimos años (100). Tampoco se produjo un aumento de los sustitutivos de la prisión que contenía el art. 89 del Código –o, administrativamente, la Ley de Extranjería en su art. 57.7–, que permitía la expulsión de aquellos no nacionales procesados o condenados por algún delito en España, de forma que se justifique el descenso de la población reclusa extranjera –Tabla 18–, en base a dicho motivo político-criminal (101).

(98) Elaboración propia a partir de los datos del INE y de la Estadística Penitenciaria.

(99) GARCÍA ESPAÑA, 2007, p. 132.

(100) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016 b, p. 79.

(101) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 469.

Tipo Excarcelación	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Expulsión Adva. con autorización judicial preventivos –57.7 L Extr–	33	92	58	84	98	69	71	64	54	41
Expulsión Jud. Sustitutivo Pena. Pena inf. 6 años –89.1 CP– (102)	803	717	870	930	724	671	579	456	418	262 (103)
Exp. Jud. Al cumplimiento de $\frac{3}{4}$ condena o 3er grado –89.5 CP– (104)	48	28	59	97	93	143	225	213	263	391
Traslado país origen cumplimiento de la condena (105)	188	192	249	257	181	226	186	163	152	109

Tabla 18. *Algunas formas de excarcelaciones de internos extranjeros (2007-2016) (106)*

(102) Redacción original en el Código Penal del 95: «89.1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado».

Tras la reforma de 2010, el precepto impone la obligación de expulsión, dejando de ser potestativo para el juez: «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

(103) Con la reforma del Código operada en 2015, el precepto 98.1 queda como sigue: «Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional».

(104) Según el Código del momento, su redacción ha cambiado y se ha modificado el precepto donde se recogía, estando regulado en el 89. 1 del CP del 95. Tras la reforma de 2010 se tipifica en el art. 89.5 de la siguiente manera: «Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España». Volviendo en la redacción del Código dada tras la reforma de 2015, al apartado 1 del art. 89, conforme se pudo advertir en la nota al pie anterior.

(105) Convenio de Estrasburgo y Tratados bilaterales. A partir de 2014, Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

(106) El último dato es de 2016. Fuente: Estadística Penitenciaria –Informes Generales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 2010 a 2016–: elaboración propia.

Así, como se puede observar en la Tabla 18, tras la reforma de 2010, sólo aumentó el número de expulsiones judiciales al cumplimiento de los tres cuartos de condena o a la adquisición del tercer grado penitenciario, no obstante, ese aumento no es considerado por parte de la doctrina como lo suficientemente grande –más si se une a las otras medidas, que en general van descendiendo– como para justificar el uso de tales instrumentos como mecanismo reductor de la población reclusa extranjera (107), como se advirtió en las Tablas 16 y 17.

Entonces, ¿por qué se ha producido ese descenso mayoritario de internos extranjeros en las cárceles españolas? ¿Cómo ha sucedido y cuál puede ser su explicación?

Ante todo lo anteriormente comentado, y teniendo en cuenta la curva de ingresos de extranjeros en los Centros Penitenciarios españoles –conforme a la expuesta Tabla 15–, el motivo del descenso de la población reclusa extranjera no muestra relación con la reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010, sino con aspectos puramente económicos, toda vez que el año con mayor número de ingresos fue 2008 –año del estallido de la crisis financiera a partir de la cual España comenzó un periodo de recesión económica por todos conocido (108)–, iniciándose la senda declinatoria en la serie de ingresos en prisión de extranjeros, y que demuestra cómo la entrada de extranjeros en las cárceles españolas en el 2009 descendió, antes incluso de que entrase en vigor dicha reforma. Por tanto, la explicación de este descenso podría fundamentarse en la reducción de la recepción de inmigrantes por parte de este país del sur de Europa, al paralizarse el desarrollo económico español (109).

De este modo, llegados a este punto, ante la importancia representada por la población extranjera respecto del total de la población reclusa española –cuyo descenso se vio conformado en casi un 62 por ciento por población foránea (110)–, se procede a estudiar la relación, asociación y/o dependencia entre variables.

Se está haciendo alusión a lo que en el epígrafe sobre Metodología se denominó regresión y correlación, para teleológicamente demostrar la hipótesis que se acaba de establecer.

---

(107) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 469.

(108) Ante el declive de la economía española.

(109) Esta es la tesis de Rusche y Kirchheimer en virtud de la cual entendían que el sistema penal y, particularmente, el sistema penitenciario de un determinado Estado, vendría dado por el desarrollo de la zona o del país en el ámbito económico. *Vid. RUSCHE et al.*, 1984.

(110) Vuélvase sobre el dato obtenido en la Tabla 17.

Así, mediante estos métodos estadísticos se podrá verificar y comprobar cuán relevante es la influencia de una variable en otra. Esto es, ante el dato comentado anteriormente del 62 por ciento, atendiendo a las curvas de población reclusa total y población reclusa extranjera –Tabla 16–, y frente a los datos de Ingresos de extranjeros en prisión –Tabla 15–, se debe analizar si la población penitenciaria en España deriva o no –es decir, depende o no– de la población foránea, ya que a la vista de lo explicado en virtud de la Tabla 18, la reforma del Código acaecida en 2010, no consigue explicar el comportamiento de la población reclusa española, especialmente respecto a lo que a la población reclusa extranjera se refiere.

Ahora bien, lo que sí parece dilucidar el comportamiento de la población reclusa en España, es el análisis de la población extranjera en nuestro país. Ello es así, puesto que analizando diversos aspectos de la población extranjera en el país –flujo migratorio procedente del extranjero, el saldo migratorio (111), entre otros–, se observa que la gráfica de la población extranjera residente en España –Tabla 19– presenta una forma –al menos– parecida a la de la población reclusa total, ostentando su cota mayor en 2009 e iniciándose un descenso contante desde ese año –a un ritmo mucho más lento que el de crecimiento–. Además, en esa misma Tabla, se puede visualizar una nueva recesión en la tendencia declinatoria, al punto de cambiar el ciclo a una tendencia de crecimiento, que podría resultar equivalente a la ralentización de la reducción de la población penitenciaria española –comentada *ad supra*–, y que vendría a justificar también la opinión de que a medio plazo la población penitenciaria española, comenzará otra vez la senda ascendente.

Año	Población extranjera España (112)
2001	1.737.972
2002	2.362.028
2003	2.900.788
2004	3.430.204
2005	3.930.916
2006	4.449.434
2007	5.086.295
2008	5.386.659
2009	5.402.579

---

(111) De acuerdo a las estadísticas del INE, a 31 de Diciembre de cada anualidad.

Año	Población extranjera España (112)
2010	5.312.441
2011	5.236.030
2012	5.072.680
2013	4.677.059
2014	4.454.354
2015	4.417.517
2016	4.419.456
2017	4.572.055

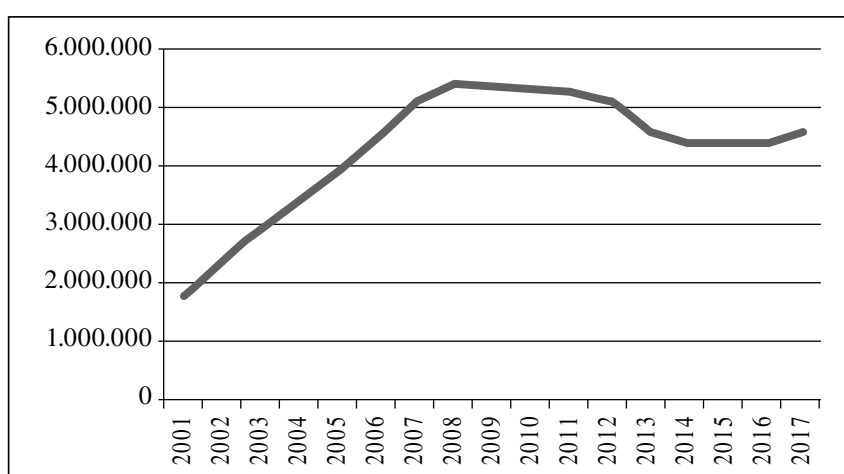


Tabla 19. *Evolución de la población extranjera residente en España (2001-2017)* (113)

A mayor abundamiento, si se tiene en cuenta la serie de la población extranjera residente en España, sólo a partir del descenso –2009–, aumentando el examen gráfico específicamente en el rango donde se mueve en dicho periodo –Tabla 20–, se puede observar que el mayor ritmo de descenso –esto es, presenta una mayor pendiente– en los años 2012, 2013, 2014, años centrales en los que también disminuyó –en mayor medida– la población penitenciaria –junto con 2011 y 2015–, mas siendo estos años los de mayor descenso de la población reclusa extranjera, respecto del total –Tabla 17–.

(112) Fuente INE: elaboración propia a partir de la resta o sustracción del total de la población total residente en España y el total de la población española residente en España.

(113) 2001 fue el primer año facilitado por el INE en el que se hacía la distinción anterior.



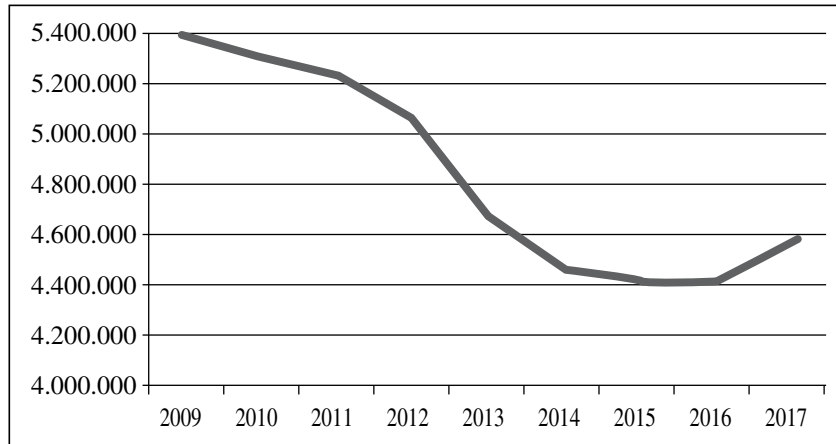


Tabla 20. *Evolución de la población extranjera residente en España (2009-2017)* (114)

Dicho esto, aun cuando los razonamientos pueden resultar veraces y posibles, estos fundamentos sólo quedan validados en el ámbito de la pura cábala o suposición, de ahí que como se comentó unos párrafos atrás, se deba estudiar la correlación y la regresión entre variables.

Así, ante la similitud existente entre la curva que representa la evolución de la población reclusa total –Tabla 9– y la que muestra la evolución de la población extranjera residente en España –Tabla 19–, se analizan estos mencionados aspectos propios de la estadística descriptiva.

Población extranjera en España	Población reclusa en España
1.737.972	46.577
2.362.028	51.882
2.900.788	56.096
3.430.204	59.375
3.930.916	61.054
4.449.434	64.021
5.086.295	67.100
5.386.659	73.558
5.402.579	76.079
5.312.441	73.929
5.236.030	70.472
5.072.680	68.597

(114) Fuente INE: elaboración propia.

Población extranjera en España	Población reclusa en España
4.677.059	66.765
4.454.354	65.017
4.417.517	61.614
4.419.456	59.589
4.572.055	58.814

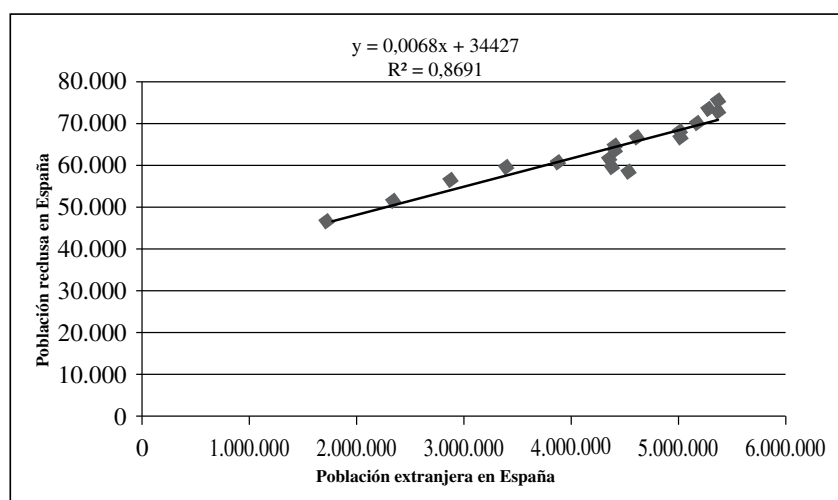


Tabla 21. Nube de puntos y recta de regresión de la población reclusa o penitenciaria española (Y) sobre la población extranjera (X) (115)

De esta forma, como se mencionó en el epígrafe metodológico, la regresión explica la estructura de dependencia que mejor describe el comportamiento de una variable explicada o dependiente «Y» de otra independiente o explicativa «X». Así, siendo la variable independiente «X» la población extranjera residente en España, y la dependiente «Y» la población reclusa o penitenciaria española –en su totalidad–, el coeficiente de correlación lineal « $r$ » adquiere un valor de 0,93226454 y el valor del coeficiente de determinación « $R^2$ » es de 0,8691. Además, la recta de regresión y la nube de puntos de los pares de valores son los que se muestran en la Tabla 21.

Por tanto, como se puede observar de la línea de regresión –línea negra de la Tabla 21– y de los coeficientes estudiados, el ajuste entre variables es muy bondadoso, al punto que « $r$ » presenta una gran fortaleza, al poseer un valor superior a 0,93, ergo se hallan muy relacionadas y dependen bastante la una de la otra –relación entre ambas

(115) Fuente INE: elaboración propia para el periodo 2001-2017.

muy intensa–, ya que el 93 por ciento de los pares de valores para cada año quedan explicados y contenidos por y en la recta de regresión. De este modo, aunque simplemente en base a la correlación no pueda afirmarse una relación causal (116) o de causa-efecto entre la población extranjera residente en España y la población penitenciaria española, tampoco es menos cierto que están muy relacionadas la una con la otra y cuando una se incrementa la otra también aumenta; por el contrario, si una disminuyera, la otra también (117).

En definitiva, ante estos resultados observados al analizar la regresión y correlación anterior, se debe afirmar que la población reclusa española en su totalidad depende y viene asociada en gran medida de la población extranjera residente en España, habiendo sido demostrada tal dependencia con evidencias provenientes de la ciencia matemática.

Ahora bien, dicho lo cual, parecería tener más sentido pensar que si la influencia existente entre ambas es lo suficientemente fuerte en el supuesto anterior, en el que la afectación de la población extranjera residente en España en la población reclusa total es bastante intensa, ¿no debería afectar en mayor medida a la población reclusa extranjera a lo largo de los años? A priori podría pensarse que operaría así. Es decir, que la población extranjera residente en España presentaría una relación aún más fuerte con la población penitenciaria extranjera en las cárceles españolas y, consecuentemente, –debido al alto impacto de la población reclusa foránea en la población reclusa total (118)– este bondadoso ajuste redundaría en ese gran ajuste y asociación –ya observado– entre la población extranjera residente en España y la población reclusa total.

De este modo, de acuerdo a las previsiones anteriores, pareciera que en el análisis concreto de la dependencia de la población reclusa extranjera a partir de la población foránea residente en España, los coeficientes deberían presumiblemente presentar valores más cercanos a la unidad –1– que en el supuesto anterior (119).

---

(116) Hay que ostentar ciertas reticencias a la hora de interpretar estos coeficientes, ya que muchas veces se abusa de dicha interpretación, ya que por ejemplo –aunque es cierto que el coeficiente de determinación ostenta gran importancia y operatividad en el cálculo de la regresión–, para determinar causas-efectos, influjos concretos, etc., debe completarse con otras medidas. *Vid.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2005, p. 321.

(117) Para mayor información y comprensión sobre la interpretación de los coeficientes, de la regresión y de la correlación, volver sobre el apartado metodológico del presente trabajo.

(118) Recuérdese que desde el inicio de la senda declinatoria de la población penitenciaria total (2009) a la actualidad (2017), la población reclusa extranjera supuso casi el 62 % del total de la población penitenciaria reducida.

(119) Recuérdese  $r = 0,93226454$  y  $R^2 = 0,8691$ .

Sin embargo, no sucede el acontecimiento esperado, puesto que siendo la variable independiente «X» la población extranjera residente en España, y la dependiente «Y» la población reclusa formada por extranjeros: el coeficiente de correlación lineal « $r$ » adquiere un valor de 0,90891386 y el valor del coeficiente de determinación « $R^2$ » es de 0,8261, cuyas recta de regresión y nube de puntos de los pares de valores son las que se muestran en la Tabla 22.

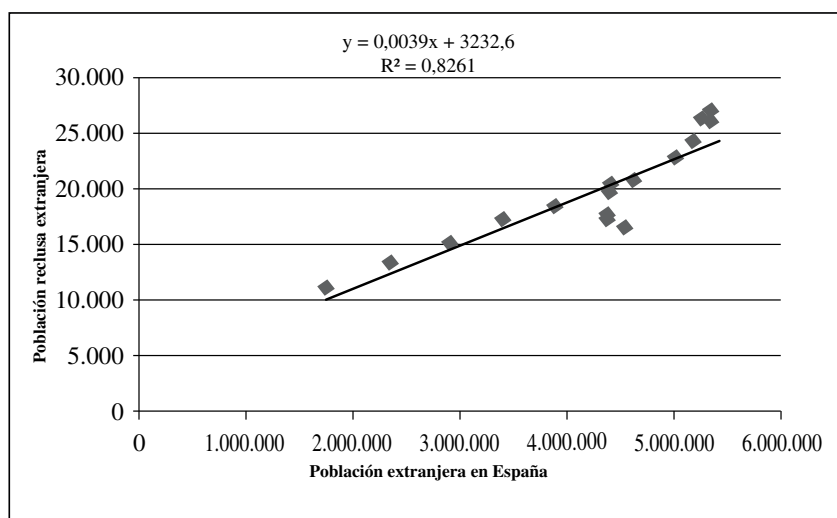


Tabla 22. Nube de puntos y recta de regresión de la población reclusa extranjera (Y) sobre la población extranjera residente en España (X) (120)

Por tanto, a la vista de los datos, se debe afirmar que la relación y dependencia entre variables es bastante fuerte con tendencia positiva –de acuerdo a los parámetros interpretativos de los coeficientes facilitados en la Metodología–, por lo que a medida que la población extranjera aumente, la población reclusa extranjera se incrementará. Ahora bien, la población extranjera en España muestra mayor asociación con la población reclusa total, en vez de con la extranjera, como podría pensarse *a priori*.

Estos datos son corroborados por la Tabla 23, donde se estudia la correlación de otro aspecto que apriorísticamente podría presentar un alto grado de asociación con la población extranjera residente en España, como sería los Ingresos en Prisión de Extranjeros –procedentes de libertad–, que presentaba una evolución año a año parecida a la de la población extranjera.

(120) Fuente INE y Estadística Penitenciaria: elaboración propia. Para población extranjera en España véanse datos de la Tabla 19. Para reclusos extranjeros véanse datos de la Tabla 16.

No obstante, tras el examen, siendo la variable independiente «X» la población extranjera residente en España, y la dependiente «Y» los ingresos en prisión de extranjeros, el coeficiente de correlación lineal « $r$ » adquiere un valor de 0,87220253 y el valor del coeficiente de determinación « $R^2$ » es de 0,7607.

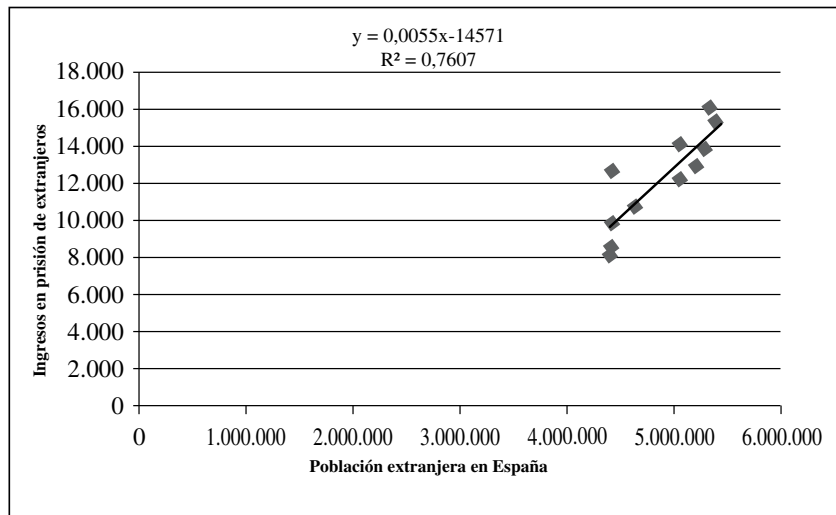


Tabla 23. *Nube de puntos y recta de regresión de los ingresos en prisión de extranjeros en España (Y) sobre la población extranjera residente en España (X) (121)*

Por tanto, a la vista de los coeficientes, se debe decir que la población extranjera presenta cierta relación con los ingresos en prisión de ese colectivo. No obstante, se aleja bastante de los valores obtenidos en las correlaciones anteriores, situándose en cifras cercanas a los límites a partir de los cuales la dependencia comienza a ser considerada inferior –en relación al coeficiente de determinación–; por lo que el número de extranjeros en España influye en los ingresos en prisión de extranjeros, mas como se ha examinado, la asociación y la dependencia más fuerte de la población extranjera residente en España se presenta no frente al colectivo de extranjeros en prisión, sino respecto a la población penitenciaria total.

Ahora bien, a la vista de los resultados obtenidos, cualquier lector puede preguntarse el por qué de los mismos, ¿por qué la población reclusa española depende de la población extranjera residente en

(121) Fuente INE e Informes Generales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 2010-2016: elaboración propia. Para población extranjera en España véanse datos de la Tabla 19. Para ingresos en prisión de extranjeros véanse datos de la Tabla 15.

España? ¿Qué es lo que provoca que haya más o aumente la población extranjera en el país peninsular, y viceversa? Esta es una cuestión de menesteroso planteamiento, puesto que aquel eventual motivo podría mostrar igualmente cierta asociación con la población reclusa, incluso más que la propia población extranjera.

Así, ante la senda evolutiva de la población extranjera en España, parece ser que lo que hace que la misma se mueva –acrecentándose o disminuyendo– es la situación económica del país, puesto que crece –como ya se dijo *ad supra*– hasta el estallido de la crisis económica, momento en el cual los extranjeros parecen tener menos interés en residir en territorio español, ante las escasas oportunidades laborales (122) o ante la destrucción de empleo que empezó a acaecer de 2008 en adelante, lo que provocó el descenso de la población extranjera en España.

Por ello, al efecto de comprobar el papel de la buena o mala marcha de la economía en el aumento o disminución de la población reclusa en España –puesto que la misma también afectaría a la población extranjera, que presenta una gran dependencia a la población carcelaria española– se analiza el papel de una de los grandes magnitudes económicas, una de las más sensibles a la situación económica de un país, que explica específicamente el comportamiento del mercado laboral, como es el número de ocupados en el país –parte de la Encuesta de Población Activa (EPA)–, esto es, la magnitud contraria a la que mide a los desocupados o desempleados, que es una herramienta de medida y de control que muestra rápidamente los síntomas de estancamiento, recesión o crecimiento de una determinada economía.

Así, siendo la variable independiente «X» el número de ocupados en España –en términos absolutos, como ocurre con la variable dependiente–, y la explicada «Y» la población reclusa, el coeficiente de correlación lineal «*r*» adquiere un valor de 0,25701763 y el valor del coeficiente de determinación «*R*<sup>2</sup>» es de 0,0661. Además, la recta de regresión y la nube de puntos de los pares de valores son los que se muestran en la Tabla 24.

---

(122) En este sentido, es importante destacar como Rusche y Kichheimer hace pender el sistema penitenciario de un país del desarrollo del mercado de trabajo. Además, según su teoría, el empleo de la mano de obra carcelaria depende del aumento o de la disminución de la mano de obra disponible en el mercado de trabajo. *Vid.* BARATTA, 2004, p. 203. Esta teoría resultó contrastada en los Centros Penitenciarios españoles, tras la crisis financiera, donde los talleres fueron abandonados.

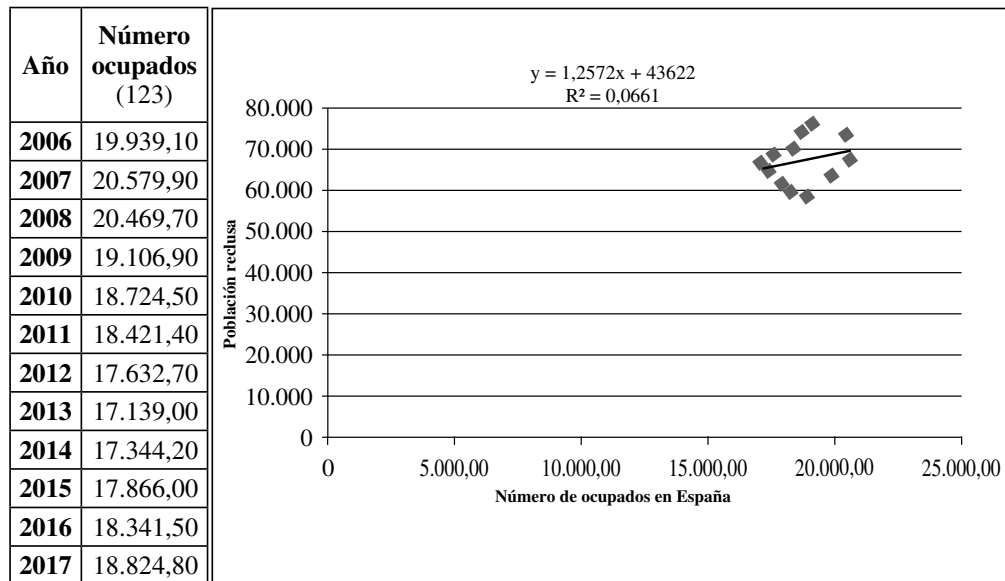


Tabla 24. Nube de puntos y recta de regresión de la población reclusa (Y) sobre el número de ocupados en España (X) (124)

De esta forma, si se analizan los coeficientes, la nube de puntos y la recta de regresión, se puede concluir que una muy débil dependencia tiene el número de internos privados de libertad en las prisiones españolas con el número de ocupados en España –esto es, las variables se comportan independientemente como se puede ver en la nube de puntos–, por lo que pareciera que la situación económica del país nada tiene que ver con la población penitenciaria española.

No obstante, antes de abandonar totalmente la tesis económica como eventual soporte de la población reclusa en España, se opta por examinar el nivel de dependencia o asociación de la población reclusa con la variable macroeconómica del devenir económico de un país, como ocurre con el Producto Interior Bruto –PIB–.

De este modo, siendo la variable independiente «X» el PIB español en millones de euros, y la dependiente «Y» la población reclusa, el coeficiente de correlación lineal « $r$ » adquiere un valor de 0,89914859 y el valor del coeficiente de determinación « $R^2$ » es de 0,8085. Además, la recta de regresión y la nube de puntos de los pares de valores son los que se muestran en la Tabla 25.

(123) Número de ocupados en miles de personas en valores absolutos –media de los cuatro trimestres del año– desde el inicio de la serie facilitada por el INE (2006).

(124) Fuente INE: elaboración propia. Para población reclusa en España véanse datos de la Tabla 8.

Año	PIB (125)
95	122.252
96	129.681
97	139.414
98	148.730
99	158.470
00	171.946
01	185.936
02	198.529
03	212.763
04	228.714
05	247.270
06	267.579
07	287.159
08	288.435
09	280.972
10	281.805
11	274.975
12	265.299
13	265.292
14	270.438
15	282.199
16	291.279
17	303.869

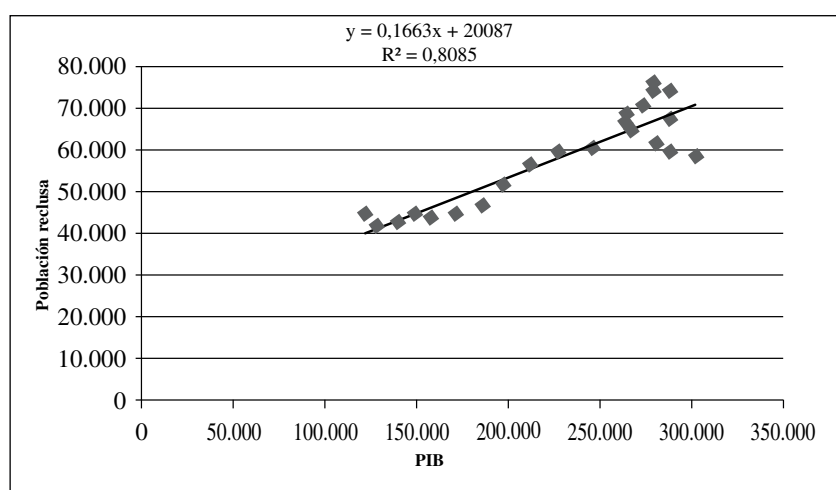


Tabla 25. Nube de puntos y recta de regresión de la población reclusa (Y) sobre el PIB (X) (126)

(125) PIB a precio de mercado –Oferta– (Precios corrientes), último trimestre de cada anualidad.

(126) Elaboración propia a partir de los datos del INE. Para población reclusa en España véanse datos de la Tabla 8.



Así, ante los resultados mostrados, se puede asegurar que la población reclusa española depende fuertemente del ciclo económico –medido por el Producto Interior Bruto– en el que se encuentre el país ibérico en un determinado momento, aunque tampoco hay que olvidar que presenta una mayor asociación con la población extranjera residente en España.

Ergo, ¿cuán dependiente es la población extranjera residente en España de la propia economía española? En este sentido, analizando la correlación y la regresión entre ambas series de variables, en la que la variable independiente es el PIB y la dependiente la población extranjera residente en España, se obtiene que el coeficiente de correlación lineal es 0,91054316 y el coeficiente de determinación es 0,8291 –Tabla 26–.

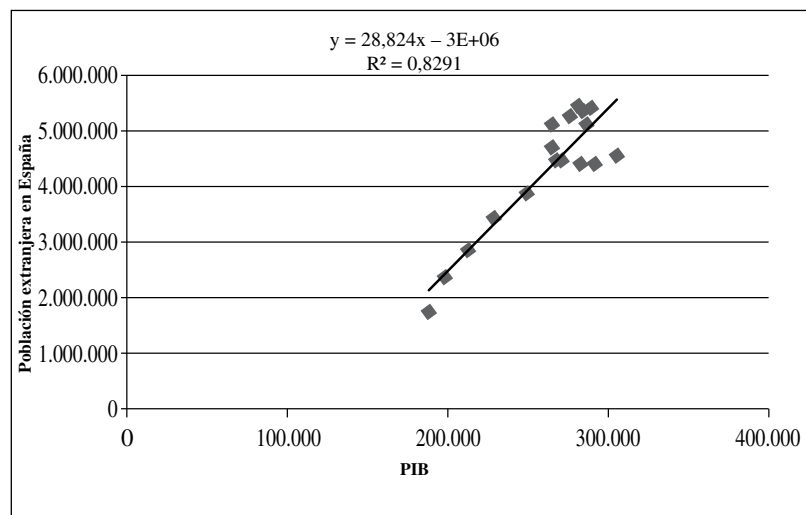


Tabla 26. Nube de puntos y recta de regresión de la población extranjera en España (Y) sobre el PIB (X) (127)

Ante los resultados expuestos se puede afirmar que el crecimiento o disminución de la economía española se relaciona con una buena robustez a la población extranjera en España, esto es, esta última variable depende bastante de la economía del país –en este particular, medido en el PIB–.

Por tanto, parece entonces confirmada matemáticamente la hipótesis según la cual, la población reclusa fluctúa conforme a la situación económica del país, siguiendo la misma senda. Además, la

(127) Fuente INE: elaboración propia (2001-2017). Para Población extranjera en España, véanse datos de la Tabla 19. Para PIB véanse datos de la Tabla 25.

coyuntura económica-financiera afectará al nivel de población extranjera residente en España y esta será una variable importantísima, toda vez que el número de extranjeros en nuestro país afectará al número de ingresos en prisión de extranjeros y a la población penitenciaria extranjera; pero lo más relevante es que –como se ha analizado– la variable que muestra mayor dependencia, que presenta una mayor asociación con la población reclusa española en su totalidad –esto es, ambas variables ostentan una intensidad muy alta de correlación, con un ajuste muy bondadoso y bastante robusto, cercano al ajuste perfecto– es la población extranjera que reside en España.

Finalmente, para confirmar de manera definitiva la hipótesis que entiende que la población reclusa española en su totalidad y también la extranjera –con su aproximadamente 62 % en el periodo de descenso–, no ha disminuido como consecuencia de la reforma del Código Penal de 2010, se va a examinar la correlación estadística de la población reclusa española total y extranjera, respecto de aquellas medidas contenidas en la norma penal, que supuestamente favorecerían la excarcelación de internos extranjeros y, que de acuerdo a Daunis Rodríguez (2016) (128), no eran capaces de justificar la sostenida reducción de foráneos en las cárceles españolas.

De este modo, se van a utilizar los coeficientes de correlación estadística –que analizábamos anteriormente– para comparar los años post-reforma y pre-reforma del Código Penal, como se puede advertir en la Tabla 27. Así, se compara la dependencia en el periodo de cinco años anterior a la entrada en vigor de la reforma del Código operada en 2010 –que entró en vigor en 2011–, con los cinco años posteriores, sin poder contar con el dato del año 2016, puesto que a mediados de 2015 se reformó nuevamente el Código.

Por tanto, aunque no se puede contar con una herramienta que nos explique si las modificaciones en la normativa penal relativa a los extranjeros provocaron o causaron la disminución de la cifra de la población reclusa tanto extranjera como total en España, se puede estudiar las cifras de correlación, observando su asociación y/o dependencia antes y después de la reforma, para observar si hubo un cambio significativo en dicha dependencia y, por tanto, poder aventurar que las excarcelaciones –de cualquier tipo– de extranjeros se relacionó o no de una mejor manera con la variable dependiente población reclusa total y extranjera.

---

(128) Igualmente, véase GARCÍA ESPAÑA, 2007; respecto a la población reclusa extranjera antes de la mencionada reforma de 2010.

Año	Excarcelaciones totales de extranjeros	Población reclusa en España	Año	Excarcelaciones totales de extranjeros	Población reclusa extranjera en España
06	11.340	64.021	06	11.340	20.643
07	12.065	67.100	07	12.065	22.977
08	13.155	73.558	08	13.155	26.201
09	13.715	76.079	09	13.715	27.162
10	14.369	73.929	10	14.369	26.315
11	14.174	70.472	11	14.174	24.502
12	13.113	68.597	12	13.113	22.893
13	12.149	66.765	13	12.149	21.116
14	11.038	65.017	14	11.038	19.697
15	10.395	61.614	15	10.395	17.870
16	9.215	59.589	16	9.215	17.130
	Coficiente de Correlación 06-10	0,92593162		Coficiente de Correlación 06-10	0,92795451
	Coficiente de Correlación 11-15	0,97533114		Coficiente de Correlación 11-15	0,99452881

Tabla 27. *Excarcelaciones totales de extranjeros, población reclusa total y extranjera y coeficientes de correlación (2006-2016) (129)*

A la vista de los resultados contrastados para los cinco años anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2010 –periodo 2006-2010 inclusive, puesto que como se adelantó, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, entró en vigor a los seis meses de su publicación, conforme a lo dispuesto por su Disposición Final Séptima, por lo que prácticamente su vigencia se inició a inicios de 2011 (130)– y para el periodo posterior –periodo 2011-2015, ambos inclusive–, muestran un importante aumento de la correlación tras la implementación de la reforma del código.

Esto es así, puesto que la población reclusa española pasa de presentar una asociación aproximada del 0,926 al 0,975, respecto de las excarcelaciones totales de los extranjeros. Mientras en lo que se refiere a la población reclusa extranjera en España la fuerza alcanzada por la dependencia es aún mayor, pasando de un coeficiente de 0,928 a 0,995, cifra muy cercana al ajuste perfecto, pudiendo explicar la recta de regresión cada cambio en la población reclusa extranjera en España, de acuerdo al valor que tome las excarcelaciones de internos extranjeros.

(129) Fuente INE e Informe General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: elaboración propia.

(130) Concretamente su entrada en vigor fue el 23 de diciembre de 2010.

Igualmente, los coeficientes de correlación de las dos correlaciones estudiadas con posterioridad a la reforma, mejoran la dependencia, por ende, parece que al contrario de lo que a priori entendía parte de la doctrina (131), las modificaciones legales en el ordenamiento jurídico-penal español –en lo que a la excarcelación se refiere– influyó de forma determinante en la población penitenciaria española (132).

No obstante, como ya se ha advertido en más de una ocasión, los cambios introducidos por la Ley Orgánica 5/2010 en materia de extranjería no fueron del todo esenciales para explicar la reducción del número de internos en los centros penitenciarios españoles, sino más bien complementarios para la población reclusa española, toda vez que esta población alcanzó su nivel máximo en 2009 –como también ocurrió con la población extranjera en España (133)– a diferencia de otros aspectos como las excarcelaciones de extranjeros que alcanzó su máximo en 2010 o el nivel económico donde el PIB repuntó en 2008 para comenzar los años siguientes con la vaguada de la serie durante los años de crisis financiera.

Ahora bien, para finalizar con este apartado relativo a las relaciones entre la población reclusa y el colectivo de los extranjeros, se debe analizar someramente la Tabla 28 (134), en tanto en cuanto, en ella se muestra el papel protagonista que adquiere el foráneo en la delincuencia y en la demografía carcelaria española, como parte importante a la que debe atender el sistema penal.

Como puede observarse, la criminalidad en España –en términos absolutos– disminuye a partir de 2008 y sólo el año pasado –en 2017– se torna nuevamente hacia la senda del crecimiento –Hechos conocidos–. Por tanto, a priori parecería que la crisis económica afectó a la delin-

---

(131) Recuérdese a Daunis Rodríguez, que argumentaba que los mecanismos de excarcelación no podían explicar el descenso en la población reclusa iniciado en 2009, puesto que las últimas reformas permitían «al juez o tribunal «esquivar» la expulsión cuando el extranjero demuestre cierto arraigo en el país». *Vid.* DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 469.

(132) Ahora bien, tampoco se puede negar el valor de las aportaciones de Daunis Rodríguez, puesto que las cifras se refieren a las excarcelaciones totales –como instrumento global de política criminal frente al colectivo de los extranjeros–. No obstante, habría que estudiar cada una de las medidas individualmente consideradas –y que sería únicamente las modificaciones en el Código– para comprobar la absoluta veracidad de dichas aportaciones, análisis que escaparía del propósito global de este trabajo.

(133) A la que Daunis Rodríguez achaca principalmente la reducción de la población reclusa de los extranjeros en España. *Vid.* DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 470.

(134) Basado en Estadísticas oficiales, toda vez que aún cuando no sean totalmente correctas –cifra negra, cifra oculta ya mencionada–, deben ser las más aproximadas, puesto que son recogidas y registradas oficialmente año tras año, por tanto, puede medirse igualmente la evolución.

cuencia en nuestro país, en tanto en cuanto en ambos casos el máximo valor registrado fue el de 2008, a partir del cual la serie comienza a caer (135). No obstante, el coeficiente de correlación lineal « $r$ » entre las dos variables –«Hechos conocidos» como variable dependiente y «PIB» como independiente– adquiere el valor de escasa o nula asociación, al resultar igual a  $-0,2131$ . Ello es así, puesto que el PIB comienza su recuperación en 2014 sin incrementarse la cifra de delincuencia. Ahora bien, desde el plano puramente económico se entiende que siguen formando parte del periodo de crisis los años en los que la economía de un país o región va creciendo, mas no alcanza aún los mejores valores del pasado. De esta forma, parecería que sólo a partir de 2016, la situación económica y financiera del país empezaría a crecer, esto es, vuelve a crearse desarrollo económico real. En ese caso, las cifras de delincuencia estarían más cerca de los aspectos económicos del país ibérico.

En otro orden de cosas, lo que si muestra una gran dependencia o asociación a la delincuencia –medida en los hechos conocidos–, como parece evidente, son los ingresos en prisión, aunque curiosamente la relación mayor se produce respecto de los Ingresos en prisión procedentes de libertad de los extranjeros, ya que el coeficiente de correlación lineal « $r$ » –siendo la variable dependiente tales ingresos en prisión y la independiente los Hechos conocidos– adquiere una cifra de  $0,9855$ , muy cercana al ajuste perfecto, esto es, a la máxima dependencia.

Ahora bien, ¿por qué se produce esta correlación en atención a los ciudadanos extranjeros? ¿Acaso los foráneos comenten más delitos que los nacionales? ¿Acaso los extranjeros que vienen son en su mayoría delincuentes?

Evidentemente, el inmigrante no comparte los valores de la sociedad a la que llega, y existe cierta dependencia entre la delincuencia y la población extranjera en España, ya que el coeficiente de correlación lineal « $r$ » entre la variable independiente población extranjera y la variable dependiente –Hechos conocidos–, muestra un valor de  $0,9629$ , por lo que la dependencia es robusta y bastante considerable.

---

(135) En este sentido, véase la conferencia del Juez de Menores Emilio Calatayud, en el Taller de Ciberacoso en Cybercamp 2014, celebrada el 7 de diciembre de 2014, donde explica respecto de la delincuencia de menores que la crisis contribuyó al descenso de este tipo de delincuencia, debido a las más altas cotas de educación en los jóvenes –al no existir salida laboral–, al mayor control parental como consecuencia de que estos trabajan menos y están más tiempo en el hogar –por tanto, los niños bajo su cuidado–, y por último, por la escasez de víctimas, ya que la población generalmente ostenta menos recursos, por lo que el interés de cometer un delito por parte del delincuente es menor. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=eROJCT5WMr4>. [fecha de consulta: 30 de agosto de 2018].

No obstante, justificar esa mayor correlación de los ingresos en prisión de ciudadanos extranjeros en cárceles españolas en que la población extranjera que habita en España se asocia con la delincuencia total recogida en las estadísticas oficiales –Hechos conocidos–, conformaría un argumento o conclusión baladí, puesto que puede observarse ciertas disparidades con respecto a la población oriunda.

Tanto es así que si se examinase otra de las medidas de la delincuencia, como son las cifras de Detenciones e Investigados, se puede determinar que estas cifras no muestran ninguna dependencia con la población extranjera residente en nuestro país, al punto de presentar un valor para «*r*» de -0,1806, por lo que ambas variables son casi incorreladas matemáticamente hablando (136). Ahora bien, la estadística de Detenciones e Investigados si muestran cierta relación directa con los Recursos Humanos que conforman las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al situarse «*r*» con 0,7626 y, por tanto, dentro de los estándares que permiten aceptar el ajuste como suficientemente intenso o robusto (137). De este modo, los años que España cuenta con más agentes policiales, generalmente las cifras de Detenciones son superiores y viceversa. No obstante, el número de agentes es indiferente respecto de los Hechos conocidos, en tanto en cuanto, su coeficiente «*r*» es muy próximo al valor nulo (138), por lo que las variables son incorreladas, o no muestran dependencia alguna. Este resultado es lógico, puesto que los delitos son los que son.

Año	Detenciones/investigados (139)	Det./invest. Extranjeros	% Det./ Inv. extranjeros (140)	RRHH (141)	Hechos conocidos (142)	Pob. reclusa (143)	Pob. reclusa extranjera (144)	Pob. Recl. Extr. % (145)
07	313.138	100.005	31,94	155.833	2.315.836	67.100	22.977	34,24
08	350.859	110.840	31,6	165.012	2.396.890	73.558	26.201	35,62
09	362.488	114.458	31,58	172.731	2.339.203	76.079	27.162	35,7
10	351.967	108.038	30,7	178.511	2.297.484	73.929	26.315	35,59
11	468.253	135.499	28,94	181.110	2.285.525	70.472	24.502	34,77
12	461.042	128.981	27,98	179.317	2.268.867	68.597	22.893	33,37
13	458.087	124.394	27,16	175.917	2.172.133	66.765	21.116	31,63

(136) Es cierto que las Detenciones e Investigados extranjeros muestran una correlación mayor con la población extranjera, al ser «*r*» 0,537, aunque igualmente la dependencia es escasa y muy débil.

(137) En este sentido, el valor de «*r*» que mide la dependencia entre los RRHH y los Detenidos e Investigados extranjeros, se reduce a 0,6754.

(138) Exactamente 0,0419.

Año	Detenciones/investigados (139)	Det./invest. Extranjeros	% Det./ Inv. extranjeros (140)	RRHH (141)	Hechos conocidos (142)	Pob. reclusa (143)	Pob. reclusa extranjera (144)	Pob. Recl. Extr. % (145)
14	432.355	107.999	24,98	172.811	2.092.040	65.017	19.697	30,29
15	380.244	91.808	24,14	169.821	2.036.815	61.614	17.870	29
16	367.936	90.201	24,52	167.847	2.009.690	59.589	17.130	28,75
17	375.865	92.011	24,48	167.604	2.045.785	58.814	16.549	28,14
		Media	28				Media	32,46

Año	PIB (146)	Ingresos prisión extranj.(147)	Población extranj. España (148)	Población Total España (149)	% (150) Población extranjera
07	287.159	14.156	5.086.295	45.688.938	11,13
08	288.435	16.148	5.386.659	46.239.271	11,65
09	280.972	15.439	5.402.579	46.486.621	11,62
10	281.805	14.106	5.312.441	46.667.175	11,38
11	274.975	13.073	5.236.030	46.818.216	11,18
12	265.299	12.410	5.072.680	46.727.890	10,86
13	265.292	10.924	4.677.059	46.512.199	10,05
14	270.438	9.897	4.454.354	46.449.565	9,59
15	282.199	8.627	4.417.517	46.440.099	9,51
16	291.279	8.290	4.419.456	46.527.039	9,5
17	303.869		4.572.055	46.659.302	9,8
				Media	10,57

Tabla 28. *Distintas magnitudes medidoras del delito, de los aspectos básicos de la demografía penitenciaria y la población española (151)*

(139) Número de Detenidos e investigados en el año. Fuente: Anuarios Estadísticos del MIR.

(140) Porcentaje de Detenidos e investigados extranjeros respecto del Total

(141) Número de Recursos Humanos de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Fuente: Anuarios Estadísticos del MIR.

(142) Número de Hechos Conocidos (Delitos y Faltas). Fuente: Anuarios Estadísticos del MIR

(143) Datos Tabla 8.

(144) Datos Tabla 16.

(145) Porcentaje de la Población reclusa extranjera respecto del Total.

(146) Datos Tabla 25.

(147) Datos Tabla 15.

(148) Datos Tabla 19.

(149) Fuente INE.

(150) Porcentaje de la Población extranjera en España respecto del Total.

(151) Elaboración propia a partir de datos oficiales. Baste recordar argumentaciones anteriores respecto de las estadísticas oficiales.

Ante todos estos datos, se puede concluir que el asunto de los extranjeros en España, es un problema de criminalización de este colectivo social y, fundamentalmente, de criminalización secundaria (152), sobre todo, al poder observarse en los datos una relevante «selectividad» (153) de las agencias del sistema penal –especialmente, agentes policiales e instituciones penitenciarias como consecuencia de sentencias condenatorias– hacia los extranjeros residentes en España (154), persiguiendo (155) y castigando en mayor medida los delitos de los foráneos que los crímenes cometidos de la población autóctona.

Ello es manifiesto, ya que –como se observa en la Tabla 28– la Población extranjera residente en España durante la última década representó de media el 10,57 % de la población total que habitó nuestro país. No obstante, en cuando al delito se refiere, los agentes de la autoridad policial se centraron en los delitos cometidos por la población foránea, toda vez que las Detenciones e Investigados extranjeros supusieron de media, durante el mismo periodo de tiempo, el 28 % del total de las Detenciones y de los Investigados en España.

Este dato es curioso, en tanto en cuanto supone una proporción casi tres veces mayor que la población extranjera existente en este país de la Europa meridional. Y es más llamativo aún señalar que a la hora de privar de libertad a los individuos, la población reclusa extranjera representó de media durante la década el 32,46 % de la población penitenciaria española total, cifra incluso superior al triple de la población extranjera en general.

---

(152) Baste recordar que el sistema penal está conformado por distintos operadores que vienen a desarrollar y ejecutar las políticas y procesos de criminalización primaria y secundaria. *Vid.* CESANO, 2009, p. 3. De esta manera, en resumidas cuentas, la criminalización primaria consiste en promulgar y sancionar una ley penal que permite la persecución de una conducta como delito, esto es, en crear normas penales. Por su parte, la secundaria es la acción punitiva –del sistema penal– ejercida sobre personas determinadas *Vid.* ZAFFARONI *et al.*, 2000, pp. 6-7. La primaria ostenta una naturaleza más política, mientras que la secundaria la llevan a cabo las policías, jueces y funcionarios de prisiones, principalmente, aunque ambas son indisolubles e interrelacionadas, ya que el sistema penal es uno. *Vid.* CESANO, 2009, p. 4.

(153) En este punto, sería necesario volver sobre la nota al pie de página n.º 10, en la que se la hablaba de la selección en la persecución penal y a la teoría del etiquetamiento, que vendrían muy al caso del tema que se está tratando.

(154) En este sentido, es interesante destacar como los procesos de criminalización no se mudan tanto en sus prácticas tanto por la tipificación de nuevos delitos y/o por modificaciones de las normas penales, sino que su funcionamiento se fundamenta –en mayor medida– en los estereotipos. *Vid.* VARELA, 2013, p. 278.

(155) La criminalización secundaria es también denominada como *ius persecuendi*. *Vid.* MOLINA LÓPEZ, 2010, p. 23.



Ante estos resultados, es evidente que los agentes del sistema penal se centran más en la persecución de las conductas delictivas cometidas por los foráneos que en la investigación de la criminalidad de los nacionales.

Además, cuando se encuentran con una persecución formal en su contra, resulta demostrado que los órganos jurisdiccionales internan aún en mayor proporción a los extranjeros que a los españoles –bien como condenados, bien como preventivos (156)– en los centros penitenciarios españoles (157).

A mayor abundamiento, esta criminalización secundaria se visualiza más paladinamente en el interior de las penitenciarías españolas, toda vez que –como se puede observar en la Tabla 29– la mayoría de los internos pertenecen a tres nacionalidades concretas –el resto de nacionalidades se reparten menos de la mitad de los privados de libertad extranjeros–. Es resaltable que esas tres nacionalidades que aportan la mayoría de los individuos que componen nuestra población reclusa extranjera, sean de nacionalidades cuyos ciudadanos posean unos rasgos físicos peculiares y más fácilmente identificables –en general– respecto del nacional español (158), por lo que las tareas de detención, identificación e instrucción por parte de las agencias del sistema penal –y singularmente por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad– serán más sencillas (159).

Por ende, no es de extrañar que estos agentes, centren sus esfuerzos en reprimir mediante una estrecha criminalización secundaria a estos grupos de personas, sobre los que recae una especie de «presunción a la comisión del delito (160)», por sus rasgos, por el estereotipo,

---

(156) En cierta forma, comprensible respecto de los preventivos por el riesgo de fuga, ante la necesidad de asegurar su presencia en el juicio, a pesar de que la prisión preventiva adolece de una absoluta legalidad, como ya se comentó, en la nota al pie n.º 1.

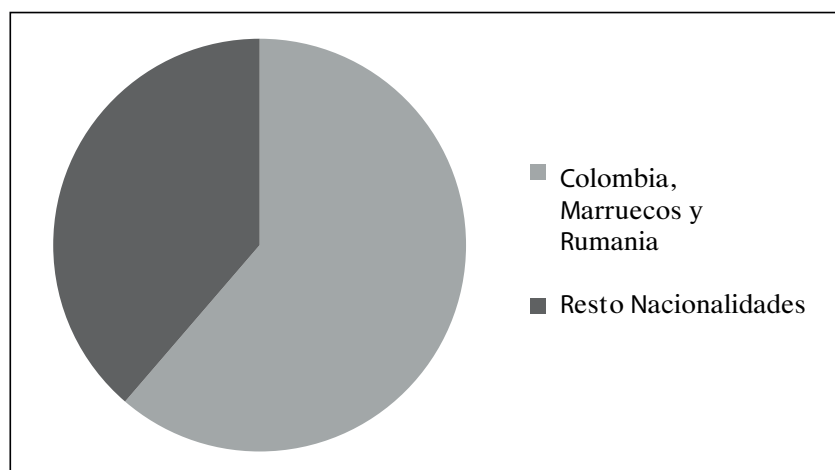
(157) A mayor abundamiento, se suele decir que los extranjeros van desde la «marginación» al sistema penal. De este modo, se les aplica las penas de prisión con mayor rigor que a los nacionales. Ahora bien, una segunda forma de marginación se produce incluso dentro del Centro penitenciario, toda vez que en él respecto de los foráneos –en un grado mayor– se produce el efecto contrario a la reeducación o, lo que es lo mismo, se produce la integración del extranjero en la población criminal, y en el caso de que ya formara parte de tal población para hacer nuevos contactos con delincuentes profesionalizados. *Vid.* RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, pp. 185-186; MAPELLI CAFFARENA, 2008, pp. 114-115.

(158) Esas cifras de en torno al 60 % de sujetos «fácilmente» identificables serían en realidad mayores, ya que se podría sumar sujetos de otras nacionalidades como argelinos, ecuatorianos, dominicanos y aquellos países del África subsahariana.

(159) Se puede observar claramente la selección en la persecución.

(160) En definitiva, se estaría ante un Derecho penal del enemigo, en el que se adelanta la punibilidad al hecho futuro y no al hecho verdaderamente cometido en el momento actual. *Vid.* JAKOBS, 1999, pp. 125-131.

en definitiva, por ser diferente y extranjero, al efecto de que el Derecho penal cumpla una función «simbólica» (161), sin tener en cuenta la dureza real de la pena de prisión (162).



Privados libertad extranjeros	2016	2016%	2009	2009%
Colombia, Marruecos y Rumania	6.520	61,11	10.295	57,12
Resto Nacionalidades	4.149	38,89	7.730	42,88
<b>TOTAL</b>	10.669	100	18.025	100

Tabla 29. *Privados de libertad extranjeros en cárceles españolas en los años 2009 y 2016* (163)

## VII. RAZONES DEL CAMBIO DE TENDENCIA: LA REFORMA DE 2010 EN MATERIA DE DROGAS

Antes de la reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la doctrina española –además de criticar la dureza y el rigorismo punitivo del sistema penal español, que enarbolaba y enarbola una política criminal opresiva– vituperaba vehementemente

(161) Tejiéndose una especie de velo que da la impresión de tranquilidad en la sociedad, no sólo ante un hecho, sino ante una tipología de autor que «es definido no como igual, sino como otro». *Vid.* CANCIO MELIÁ, 2003, pp. 63-65 y 72-73.

(162) HASSEMER, 1989, pp. 555-557.

(163) Fuente Informes Generales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: elaboración propia.

mente la normativa penal en materia de drogas (164), toda vez que entendían que nuestra norma penal trataba de punir con la mera intención de reprimir sin más, vulnerando a todas luces el principio de proporcionalidad (165).

Además, en otras materias afines insertas en el ámbito del tráfico de drogas, la reforma acometió el cumplimiento de ciertas obligaciones del Estado español con instituciones internacionales, como las europeas, que requerían de cierta armonización jurídica.

Y es que 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 (166), fijó unos criterios punitivos que obligó al Estado español a reconfigurar la normativa penal en materia de drogas, toda vez que la conductas tipificadas en ese ámbito en el Código penal español presentaban unos castigos más severos que lo exigido por dicha Decisión a todos los Estados miembros (167).

Específicamente, el artículo cuarto de mencionado acto legislativo de la Unión Europea, ordenaba que los delitos considerados como tráfico de drogas (168) debían ser castigados «con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias», ordenando a los Estados a punir tales

---

(164) En este sentido, véase a título de ejemplo DE LA CUESTA ARZAMENDI (1993 y 1998).

(165) Puesto que se castigaba con penas excesivamente altas y cercanas a las del homicidio y/o al asesinato, a las que podía superar en casos de acontecer alguna agravante al supuesto concreto. *Vid.* BOTELLA SORIA, 2010, p. 3.

(166) Publicado en el «Diario Oficial de la Unión Europea» núm. 335, de 11 de noviembre de 2004, páginas 8 a 11.

(167) Puesto que habían Estados miembros que no garantizaban siquiera la punibilidad de tales conductas.

(168) El artículo segundo se encargaba de regular los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y precursores al imponer que «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 ilícita de drogas o para dichos fines.

2. Las conductas expuestas en el apartado 1 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 defina la legislación nacional». Por su

conductas delictuales al menos con penas de prisión de uno a tres años. No obstante, para aquellas conductas –excepto para el tráfico y utilización de precursores– que generasen un gran perjuicio a la salud colectiva –bien por la cantidad de drogas, bien por la toxicidad o capacidad de generar grandes perjuicios en la salud de las personas– las penas máximas debían ser de cinco a diez años de privación de libertad. Finalmente, se podía superar el mínimo de los diez años si además el hecho delictivo acaeciera dentro de una organización delictiva.

Es por ello, que en España se daba la paradoja de que se castigaba más duramente que lo solicitado por la Decisión marco, de ahí que el legislador no tuviese más remedio que acotar la pena de prisión impuesta para el particular tipificado en el art. 368 del Código, que pasó de sancionar penalmente al sujeto con una franja u horquilla que iba de los tres a los nueve años de prisión, a situarse –tras la reforma– en una pena privativa de libertad de tres a seis años (169).

Además, la ley de 2010 introdujo –en el segundo párrafo del artículo 368 del Código– un subtipo penal en el que operaba una atenuación, permitiéndose entonces la aplicación de la pena en cuestión reducida en un grado, en atención a la gravedad –entidad– del delito y a las circunstancias personales del sujeto, incorporándose de este modo el parecer emitido por el Tribunal Supremo –en Pleno– en el Acuerdo de 25 de octubre de 2005 –no jurisdiccional–, en virtud del cual se otorgaba la facultad a los jueces y magistrados de imponer la pena inferior en grado, en tanto en cuanto el hecho delictivo se considerase de escasa importancia (170).

---

parte, el art. 3 se encargaba de normativizar y tipificar la inducción, la complicidad y la tentativa.

(169) Art. 368 del CP hasta el 23 de diciembre de 2010: «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, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos».

Art. 368 tras la reforma: «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, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos».

(170) El tipo penal del 368, segundo párrafo arguye «[...] los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Igualmente, el Código preveía –desde la reforma del Código por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre– la suspensión de las penas de prisión no superiores a cinco años cuando el individuo hubiere cometido el hecho debido a su adicción a las drogas, siempre y cuando ya éste se hallare deshabitado (171).

Sin embargo, la reforma no se pronunció sobre este extremo, dejando al art. 87 con las mismas posibilidades de suspensión que con anterioridad al 2010, respecto de los sujetos drogodependientes, presentando ciertas deficiencias que quedaron sin respuesta ante la parálisis e inactividad del legislador en dicha cuestión, que no han eliminado las deficiencias materiales y formales de tal regulación (172).

Por ello, parte de la doctrina ha entendido que las modificaciones legales incluidas en el acervo jurídico penal español –tras la entrada en vigor de la reforma de 2010, esto es, el 23 de diciembre de 2010 exactamente– en materia de estupefacientes, ha sido la causa relevante y fundamental del descenso de la población penitenciaria española en los últimos años, debido al descenso de internos en prisión cuya condena tenga su causa en un delito contra la salud pública (173).

Es cierto que la disminución puede apreciarse rápidamente de la simple observación de los datos estadísticos de la serie facilitada en los Informes Generales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Mas aunque apriorísticamente pareciera que la causa primordial del descenso en la población reclusa en España es la reforma del Código en 2010, particularmente en lo relativo a los delitos contra la salud pública –arts. 368 y siguientes–, ¿hasta qué punto se debe realmente este decremento a dicha variación normativa en la norma penal?

Pues bien, en un primer momento, si se analizan los datos de la Tabla 30, podría decirse que la reforma del Código operada en 2010 nada tuvo que ver en el descenso de la población reclusa española, toda vez que la población penitenciaria interna como consecuencia de la realización o comisión de delitos relativos al tráfico de drogas –comprendido dentro del texto del Código penal bajo el Título global de Delitos contra la Salud Pública–, sigue la senda de la población reclusa en su totalidad, creciendo constantemente hasta el año

---

(171) No obstante, Daunis Rodríguez afirma que la reforma vino a posibilitar la suspensión de la condena cuando la pena impuesta fuera inferior a 4 años, o 10 en el caso de drogodependientes. *Vid.* DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 472.

(172) CANO PAÑOS, 2011, p. 122.

(173) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, pp. 472-473.

2009 (174), año a partir del cual comienza a disminuir la población reclusa por esta modalidad delictiva, sin que aún hubiera entrado en vigor las modificaciones planteadas por la Ley Orgánica 5/2010.

No obstante, esta sería una conclusión temprana, prematura y poco meditada, ya que si se estudia pormenorizadamente la Tabla 30, puede observarse aspectos que parecen apoyar una explicación en sentido contrario.

Así, se observa como ciertamente la variación de la población reclusa por delitos contra la salud pública era coincidente en gran medida con la variación de la población reclusa total, aumentando cuando esta aumentaba hasta 2009 –con la excepción de 2005– y presentando un igual signo.

Pero además, más allá del dato de variación de 2005 –el cual no es coincidente ni siquiera en signo–, llama la atención las cantidades en términos absolutos de una y otra variación, ya que muchos de los años la variación –en este caso aumento– de la población penitenciaria por delitos contra la salud pública no representaba más del 15 % del total de dicha variación (175) –en esos años, igualmente de aumento–, en términos relativos.

A mayor abundamiento, cuando se realiza un simple barrido de los datos de dichos porcentajes de la variación de la población reclusa por delitos contra la salud pública con respecto del total, en los años posteriores a 2009 –y más incluso tras la reforma– pareciera que a priori los delitos contra la salud pública adquirieron un papel más relevante –salvo la excepción de 2012– que durante la década anterior, en relación a la variación de la población reclusa total –en este caso, ciclo de descenso–.

De este modo, para comprobar la verisimilitud de este fenómeno sólo se requerirá de comparar las medias aritméticas de los porcentajes de variación de uno y otro periodo. Así, desde que comenzó la senda declinatoria de la población penitenciaria española –2010–, la población reclusa internada por delitos contra la salud pública fue la culpable del 46,52 % de este descenso, mientras que con anterioridad a esa fecha, la variación de la población penitenciaria relacionada con esta modalidad delictiva representaba sólo un 25,49 % del total. Incluso resulta más llamativo, si se tiene en cuenta dichas variaciones desde la entrada en vigor de la reforma de 2010

---

(174) Recuérdese que la población reclusa en España creció justamente hasta ese preciso año, y desde entonces iniciaba una tendencia declinatoria –Tabla 9–.

(175) Véase los datos para el año 2002, 2003, 2004, 2005, o incluso 2008.

–2011 (176)–, puesto que entonces ese porcentaje es del 49,45 %, aproximadamente.

Por tanto, uno de cada dos reclusos en los que disminuye la población reclusa española, era un interno relacionado con delitos contra la salud pública, mientras que antes de la reforma los delitos de esta tipología representaban –como se ha dicho unas líneas anteriores– el 25 %, esto es, uno de cada cuatro individuos.

De esta manera, parece obvio que tras la reforma de 2010 el papel del recluso por delitos contra la salud pública ha ganado un protagonismo fundamental en ese descenso, doblando su importancia del 25 al 50 %, y coadyuvando a la reducción de la población reclusa española total, por lo que la modificación de los tipos relacionados con el tráfico de drogas, evidenciaron ciertos efectos en la población reclusa total, favoreciendo su disminución al molificar el castigo previsto ante dichas conductas delictivas.

Además, en este sentido solo basta detenerse en los datos del año 2013, para observar la importancia que ha tomado el descenso anual de la población reclusa internada como consecuencia de delitos contra la salud pública respecto de la población reclusa total, toda vez que en 2013 se redujo la población penitenciaria por esta modalidad delictiva en 2.180 reclusos, con respecto a los privados de libertad por delitos contra la salud pública en el año 2012. Sin embargo, en ese mismo año 2013 el descenso de la población reclusa total fue de 1.832 individuos. De ahí que la reducción producida en el ámbito de los delitos contra la salud pública supusieran el 119 % del descenso producido por la población penitenciaria española durante esa anualidad. Y es que estas cifras llevan aparejada un fenómeno dispar en ese año, ya que si sólo se redujo en su totalidad en 1.832 privados de libertad, eso significa que otros delitos debieron aumentar en el número de privados de libertad, y sólo los delitos contra la salud pública amortiguó esa subida al punto de permitir la continuación de la senda declinatoria de la serie (177).

---

(176) Puesto que sólo estuvo en vigor durante 2010, los últimos siete días del año.

(177) La situación dispar que se evidencia es más acentuada si cabe, si se tiene en cuenta que durante el año 2013, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció en contra de España en el particular en el que se enjuiciaba la legalidad de la «Doctrina Parot». Esta sentencia afectó según fuentes del Ministerio del Interior a unos 150 internos, de los cuales la mitad abandonaron la cárcel durante esa misma anualidad. Entretanto, el resto lo harían en virtud del Dictamen del Tribunal de Estrasburgo, en los años siguientes.

Año	Pob. reclusa salud pub. (178)	Pob. reclusa total (179)	Variación pob. reclusa salud pub. (180)	Var. Pob. reclusa total (181)	% Variación salud pub./ total (182)	% Pob. recl. Extranj. Salud pub. (183)
2000	12.540	45.104				
2001	13.616	46.577	1.076	1.473	0,73048201	
2002	14.303	51.882	687	5.305	0,12950047	
2003	14.777	56.096	474	4.214	0,1124822	
2004	15.245	59.375	468	3.279	0,14272644	
2005	15.185	61.054	-60	1.679	-0,0357356	
2006	16.066	64.021	881	2.967	0,29693293	
2007	17.073 (184)	67.100	1.007	3.079	0,32705424	32,91
2008	18.080	73.558	1.007	6.458	0,15593063	31,59
2009	19.087	76.079	1.007	2.521	0,39944466	30,41
2010	18.464	73.929	-623	-2.150	0,28976744	29,83
2011	16.572	70.472	-1.892	-3.457	0,54729534	28,75
2012	16.875	68.597	303	-1.875	-0,1616	29,34
2013	14.695	66.765	-2.180	-1.832	1,18995633	26,79
2014	14.027	65.017	-668	-1.748	0,38215103	24,91
2015	12.640	61.614	-1.387	-3.403	0,40758155	23,19

(178) Población reclusa por delitos contra la salud pública en términos absolutos, preventivos y condenados.

(179) Población reclusa total.

(180) Variación anual en términos absolutos de la población reclusa internada por delitos contra la salud pública.

(181) Variación anual en términos absolutos de la población reclusa total.

(182) Porcentaje en tantos por uno de la variación de la población reclusa por delitos contra la salud pública en relación con la totalidad de la misma.

(183) Porcentaje de la población reclusa extranjera internada en España por delitos contra la salud pública.

(184) En gris claro los datos relativos a 2007 y 2008, de la población reclusa interna por tipología de delito, toda vez que no existen Informes Generales de Instituciones Penitenciarias elaborados por tal Secretaria General para esos años. Véase en este sentido: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/publicaciones.html>. No obstante, conociéndose los datos de 2009, se incluyen datos conforme a valores medios.



Año	Pob. reclusa salud pub. (178)	Pob. reclusa total (179)	Variación pob. reclusa salud pub. (180)	Var. Pob. reclusa total (181)	% Variación salud pub./ total (182)	% Pob. recl. Extranj. Salud pub. (183)
2016 (185)	11.422	59.589	-1.218	-2.025	0,60148148	20,79
		Total 10-16 (disminución) (186)	-7.665	-16.490	0,46482717	
				Media 11-16 (187)	0,49447762	
				Media anterior (188)	0,25485855	

Tabla 30. *Varias medidas en relación a la población reclusa por delitos contra la salud pública, respecto a la población reclusa total (189)*

Por otra parte, la relevancia demostrada por las modificaciones producidas en los tipos penales de tráfico de drogas tras la reforma de 2010, se puede observar mediante la representación gráfica de la población reclusa como consecuencia de delitos contra la salud pública –Tabla 31–.

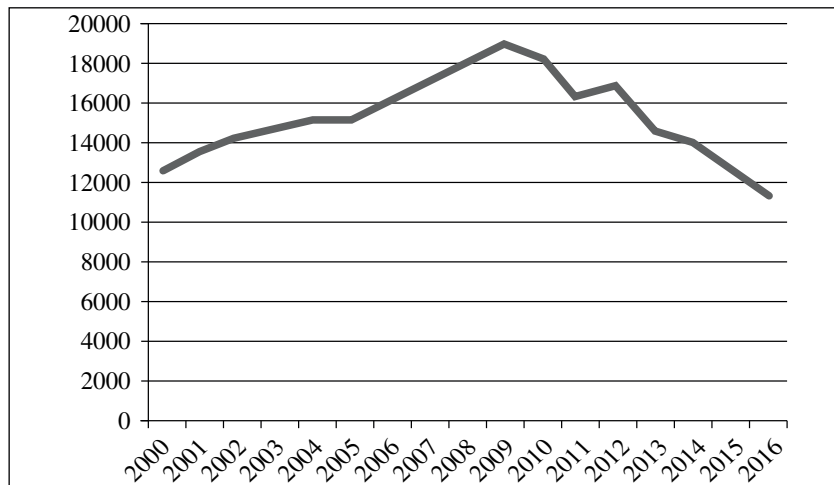


Tabla 31. *Población reclusa en España por Delitos contra la Salud pública (190)*

(185) El Informe General elaborado en 2017 es el Informe General de 2016, último hasta la fecha.

(186) Total de la reducción desde el primer año de descenso.

(187) Representación de la población reclusa por delitos contra la salud pública, respecto del total. A partir de 2011, año de la entrada en vigor de la reforma de 2010 –exactamente 23 de diciembre de 2010–.

(188) Representación de la población reclusa por delitos contra la salud pública, respecto del total; antes de la reforma de 2010.

(189) Fuente Informes Generales Anuales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (2000-2016): elaboración propia.

(190) Fuente Informes Generales Anuales de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (2000-2016): elaboración propia sobre los Datos de la Tabla 30.

De este modo, si se observa esta gráfica y se compara con la curva descrita por la población reclusa total en España en dicho intervalo de tiempo –Tabla 9–, se verán ciertas similitudes, como que la misma presenta una forma similar, aumentando en número hasta 2009, año a partir del cual empieza a disminuir la senda describiendo una vaguada.

Ahora bien, igualmente, la Tabla 31 muestra algunas divergencias respecto de la curva de la población penitenciaria total, ya que, en primer lugar, de 2009 a 2010 el descenso producido en la serie presentada en la Tabla 31 es apenas leve, mientras que el de la población reclusa total es más abrupto. No obstante, para 2011 y 2013 la curva de la población reclusa internada por delitos contra la salud pública si adquiere una pendiente bastante importante, pendiente que –ligeramente más suavizada– mantiene hasta 2016 –último dato disponible–.

De este modo, podríamos aventurarnos y comentar que en los años 2011 y, especialmente, en 2013, se produjo la revisión de las condenas de los individuos privados de libertad por este tipo de delitos, conforme a la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo, abandonando la prisión –por tanto– aquellos que habiendo sido condenados a más de seis años de privación de libertad, tras la reforma del Código, su privación de libertad pasó a ser de esos seis años.

Además, si se compara con la Tabla 9, se puede contemplar fácilmente que a diferencia de esta, la población reclusa por delitos contra la salud pública va aumentando hasta 2009 de forma más tendida, esto es, con menor pendiente en la curva en el intervalo de aumento. No obstante, a partir de ahí, en el intervalo de disminución, la población reclusa internada por mencionada tipología delictiva presenta una pendiente más brusca, al punto que en 2015 alcanza los valores del año 2000, e incluso en 2016 los rebaja –en sólo cinco años desde la entrada en vigor de la reforma–. Sin embargo, si se observa la curva de la población reclusa total –Tabla 9–, el intervalo más tendido es el de descenso, posterior a 2009; y en cambio, el ascenso desde el 2000 a 2009 presentaba una pendiente mucho más abrupta. Es por ello que la población reclusa total no ha alcanzado los valores del inicio de finales del siglo pasado, sino que se halla en valores de 2004 –debiéndose reducir en torno a unos 13.000 individuos más para situarse en valores del año 2000–.

Finalmente, para terminar de comprobar la veracidad de todo lo anteriormente comentado respecto de la reforma de 2010 y su relevancia en el descenso de la población reclusa total, de la mano de la

disminución de la población penitenciaria por delitos contra la salud pública, sólo queda constatar matemáticamente estos extremos.

Para cumplir con este objetivo se va a analizar la ya conocida correlación lineal, pero en este particular, antes de la reforma –pre-reforma– y después de la entrada en vigor de la misma –post-reforma–, para observar si se verifican tales premisas.

Así, en primer término, se estudiará el grado de dependencia de la población reclusa por delitos contra la salud pública con la población reclusa total, ya que la población penitenciaria en su totalidad dependía de otros factores más allá que la sola reforma de 2010, como ya se vio en el epígrafe anterior.

De este modo, con anterioridad a la reforma –de los años 2005 a 2010– la población reclusa por delitos contra la salud presentaba un grado de dependencia del 99,15 % con respecto de la población reclusa total, ya que el coeficiente de correlación lineal « $r$ » resultó ser de 0,9915, siendo la variable dependiente « $Y$ » la población reclusa por delitos contra la salud pública, y la variable independiente « $X$ » la población reclusa total; por lo que la fortaleza de la asociación era enorme.

Por su parte, el coeficiente « $r$ » para los seis años posteriores a la reforma –periodo comprendido entre 2011 y 2016–, siendo las variables dependientes e independientes las mismas, ofreció un valor de 0,9757. Por tanto, aunque la robustez del ajuste seguía siendo manifiesta, la dependencia de la población reclusa por delitos contra la salud pública con la población penitenciaria total era menor a la del periodo anterior a la reforma.

De esta forma, la disminución muestra como la población reclusa por delitos contra la salud pública tras la reforma, se separa del comportamiento de la población reclusa total, por lo que se debe aseverar que la reforma de 2010 exhibió cierta significancia en el movimiento de la población penitenciaria en nuestro país –primero afectando al «*demos*» penitenciario internado como consecuencia de delitos contra la salud pública y, en un ulterior momento, a la población reclusa total–.

En un mismo sentido se obtiene la respuesta si se examina la asociación de las variaciones de la población reclusa, observando si las variaciones en la población reclusa por delitos contra la salud pública dependen de las variaciones en la población penitenciaria total.

De este modo, el coeficiente de correlación lineal « $r$ » de las variaciones antes de la Reforma –entre los años 2005 y 2010, ambos inclusive– alcanzó un valor de 0,8375 –esto es, una dependencia o relación importante entre ellas–, siendo la variable dependiente « $Y$ » la variación de la población reclusa por delitos contra la salud pública, y la

variable independiente «X» la variación población reclusa total. Posteriormente, al ensayar con los seis años posteriores a la reforma de 2010 –de 2011 a 2016, ambos inclusive– el valor de «r» se sitúa en 0,4103 –es decir, presenta una escasa relación o no dependen la una de la otra–, siendo las variables «X» e «Y» las mismas.

Por ende, esta modificación en el comportamiento de las variaciones de la población reclusa internada por delitos contra la salud pública –alejándose enormemente de la influencia de las variaciones acontecidas en la población reclusa total– junto con las aportaciones, gráficas, correlaciones y comentarios realizados en este epígrafe, debe ser considerada como una relevante consecuencia de la introducción de la Ley Orgánica 5/2010, que al moderar las penas por los delitos relativos al tráfico de drogas, fundamentalmente reformando los arts. 368 y siguientes del Código, extendió ciertos impactos en la población penitenciaria española, al distanciarse el comportamiento de la población reclusa por tráfico de drogas de la población privada de libertad en España en su totalidad.

#### VIII. RAZONES DEL CAMBIO DE TENDENCIA: LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS AL INTERNAMIENTO EN PRISIÓN

Otra razón del cambio de tendencia en la población reclusa española desde 2009 en adelante, puede buscarse en una mayor utilización de los mecanismos o formas alternativas a la prisión, lo que evita los inconvenientes propios del internamiento –como el desarraigo del individuo de la comunidad a la que pertenece y su correspondiente menoscabo en la resocialización del delincuente– (191).

El sistema penal cuenta con un repertorio de estos instrumentos alternativos a la prisión, que podría eludir el crecimiento de la población penitenciaria de un determinado país. En el caso español, el sistema se sustenta en varias herramientas, como son: los trabajos en beneficio de la comunidad (192), las suspensiones (193) y sustitucio-

---

(191) DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 473.

(192) Reguladas en el art. 49 del Código penal, cuya última modificación se produjo en la reforma de 2010.

(193) Reguladas en el art. 83 y ss. del Código, modificados en tras la reforma de 2015.

nes de condenas (194), las medidas de seguridad (195) y la concesión de la libertad condicional (196).

Por tanto, teniendo en cuenta el incesante descenso de la población privada de libertad, habría que observar si eso se debe a un aumento en la utilización de estos mecanismos que se articulan político-criminalmente, toda vez que un mayor uso de estas medidas podría redundar en una menor cantidad de internos en las cárceles españolas.

Pues bien, a la vista de la Tabla 32, se puede observar que ninguna medida alternativa sufrió un incremento sostenido durante los años subsiguientes al 2009, para explicar la disminución de la población penada en España y, consecuentemente, de la población reclusa total en nuestro país.

Año	Población condenada	TBC (197)	Susp. y sust. (198)	Libert. Cond. (199)	Porcentaje L. C. concedidas
09	59.518	161.008	20.718	–	–
10	59.251	209.570	21.746	8.797	14,85
11	57.440	156.559	21.569	9.909	17,25
12	56.109	121.614	24.987	9.357	16,68
13	56.103	134.696	24.865	8.571	15,28
14	55.114	124.418	20.061	8.660	15,71
15	52.711	121.647	18.645	8.076	15,32
16	50.364	121.001	19.283	6.704	13,31

(194) Reguladas en el art. 71. 2 y 89 del Código, tras la eliminación del 88 en la reforma de 2015.

(195) Tipificadas en el 105 y ss. del Código, cuya última modificación se produjo en la reforma de 2010. Ahora bien, a la hora de establecer la Estadística de las mismas, esta responde a: «*La Administración Penitenciaria es la competente para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria (Real Decreto 840/2011, de 17 de julio, 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, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas). Sin embargo asume, de forma residual hasta su extinción, las medidas de seguridad no privativas de libertad anteriores a la entrada en vigor del citado real decreto. De estas es la información estadística facilitada*». Vid. Anuario del Ministerio del Interior 2017, p. 371. No obstante, el trabajo no se detiene en el estudio de estas.

(196) Regulada en el art. 90 y ss. del Código, habiéndose modificado en la reforma de 2015. Esta libertad se puede acordar respecto de cualquier tipología o modalidad de pena de prisión, independientemente de su duración, y aplicarse a cualquier penado haya delinquirido o no por primera vez.

Año	Población condenada	TBC (197)	Susp. y sust. (198)	Libert. Cond. (199)	Porcentaje L. C. concedidas
17	49.126	104.958	19.405	5.632	11,46
	Coef. corr. «r»	0,7908	0,50377	0,8942	

Tabla 32. *Evolución de los Mecanismos alternativos a la prisión (2009-2017), con su correspondiente correlación (200)*

Más bien al contrario, si se analiza detenidamente la tabla anterior, que la tendencia en todas las series recogidas en ella, es la de disminuir a lo largo de los años, por tanto, parece poder explicar el descenso de individuos privados de libertad en los últimos años en nuestro país.

No obstante, la Tabla también, hace alusión al coeficiente de correlación lineal «r», para obtener un valor resumen de la nube de puntos y poder comprobar la veracidad de las apreciaciones de la serie realizadas simplemente a simple vista.

En estos casos, el coeficiente de correlación será el resultado de analizar cada una de las variables «TBC», «Susp. y sust.» y «Libert. Cond.» –cuyos valores resume la tabla–, como variables independientes «X», y compararlas en diversos estudios de la correlación con la variable explicada o dependiente «Y», «Población condenada».

De este modo, se puede examinar su alguna de estas variables explicativas, puede explicar con suficiente robustez la evolución y constante descenso que viene sufriendo la población condenada de nuestro país.

Pues bien, de los valores obtenidos como coeficientes de correlación, se puede determinar que todas muestran cierta dependencia u asociación, aunque tampoco es menos cierto que las suspensiones y sustituciones de condena ostentan una relación o dependencia media, mientras que los trabajos en beneficio de la comunidad muestran una asociación fuerte. Por último, las libertades condicionales concedidas es la variable que presenta una dependencia o asociación

(197) Mandamientos de Trabajos en Beneficio de la Comunidad gestionados a nivel nacional.

(198) Mandamientos de Suspensiones y sustituciones de condena gestionados a nivel nacional.

(199) Altas de Libertad condicional. Para periodos anteriores a 2013, los Anuarios del Ministerio del Interior no las recoge, por lo que se obtienen de DAUNIS RODRÍGUEZ, 2016, p. 474-475.

(200) Fuente Anuarios del Ministerio del Interior y Estadística Penitenciaria: elaboración propia.

muy intensa con la población reclusa condenada, como resulta lógico de un coeficiente de correlación con un valor cercano a 0,9 – Tabla 33–.

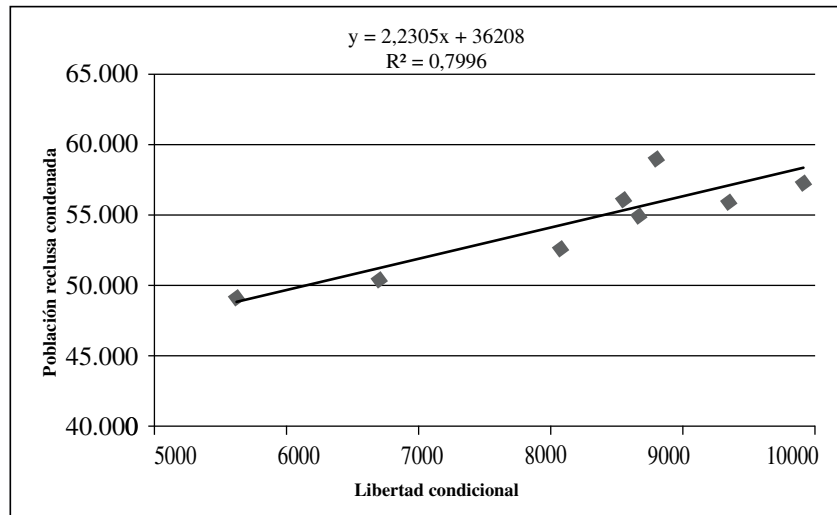


Tabla 33. *Nube de puntos y recta de regresión de la población reclusa condenada (Y) sobre las altas de Libertad condicional (X) (201)*

De este modo, a medida que las cifras de alta de libertad condicional se incrementen, la población condenada en España aumentará, y cuando aquellas disminuyan, esta también lo hará en un sentido similar.

No obstante, ello explica la asociación entre ambas variables, mas sin embargo, no explica de ningún modo el descenso que desde 2009 ha sufrido la población penitenciaria española –condenada o total–, puesto que para que dicho descenso fuera consecuencia de la utilización de la libertad condicional, la serie debería mostrar a cada año mayor número de altas –o en su caso, de medidas alternativas a las penas de prisión–. De esta forma, para afirmar tal influencia debería presentar una correlación de la misma fortaleza e intensidad que ahora muestra el coeficiente de correlación, pero con signo negativo, esto es, una relación inversa, que explicaría que en tanto en cuanto se concedan un mayor número de altas de libertades condicionales, se produciría una disminución de la población reclusa.

Por tanto, la relación expuesta por los coeficientes de las dos tablas anteriores –Tabla 32 y 33– explican una intensa asociación entre los dos pares de variables que se estudian, mas la misma puede venir dada

(201) Fuente Anuarios del Ministerio del Interior: elaboración propia. Para ver los valores de cada variable véase la Tabla 32.

como consecuencia de haber cada vez menor población condenada, esto es, existe menor población «objeto» de la libertad condicional, y teniéndose en cuenta que el porcentaje de libertades condicionales concedidas se mantienen a lo largo del tiempo más o menos estable (202), se produce entonces este fenómeno de menos altas de libertades condicionales.

Evidentemente, ambas están muy asociadas entre ellas, puesto que aumentan o disminuyen en función de la otra, mas no es posible explicar –al no presentarse una correlación lineal inversa– dicha disminución en el mayor uso de las alternativas a prisión.

## IX. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA REFORMA DE 2015: PRESENTE Y FUTURO DE LA POBLACIÓN RECLUSA ESPAÑOLA

En marzo de 2015 el legislador español aprobó las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se reforma ampliamente el Código penal, introduciendo nuevas normas y nuevos delitos. No obstante, aunque pareciera que el poder legislativo intentó paliar alguno de los vacíos legales habidos hasta el momento, la respuesta ofrecida parece ser que no ha sido la más idónea o adecuada, puesto que dificulta sobremanera el sistema penal que hasta el 2015 se encontraba vigente (203).

Por tanto, llegados a este punto, se analizará sucintamente los cambios más relevantes operados en la reforma que nos intere-

---

(202) Entre un 17 y un 11 %, véase Tabla 32. Es más, en virtud de tales cifras, se puede observar cómo a lo largo de los años se está produciendo un fenómeno adverso al que debería visualizarse para considerar que la disminución de la población reclusa es consecuencia del mayor uso de las medidas alternativas a la prisión o por la mayor utilización de libertades condicionales, puesto que cada vez se conceden menos altas de libertad condicional, pero no sólo en números absolutos –que podría resultar lógico al decrecer la población condenada y mantenerse el porcentaje de altas–, sino que viene disminuyendo el porcentaje de altas de libertad condicional concedidas en relación con la población condenada.

(203) Algunos de ellos –según parte de la doctrina– ni siquiera eran necesarios introducirlos, toda vez que ya podían ser castigados en relación a otros tipos penales o bien porque ni siquiera habría que recurrir a la rama jurídica más limitadora de los derechos de los ciudadanos, vulnerándose el principio de intervención mínima, el de última ratio, e incluyendo en la ley penal delitos o crímenes de bagatela. *Vid.* VALLE MARISCAL DE GANTE, 2015, pp. 317-319.



san (204) y que pueden afectar más concretamente a la población reclusa española (205).

El aspecto más renombrado de todas las modificaciones introducidas fue la incorporación en el ordenamiento jurídico penal español de la prisión permanente revisable para determinados delitos especialmente graves (206). De este modo, se introduce una *pseudo* cadena perpetua en el acervo jurídico penal español, fundamentalmente por razones puramente electoralistas, ya que nuestro país ya contaba con un sistema punitivo suficiente para cualquier modalidad delictual (207). Por tanto, a partir de la inclusión en nuestro Código de la prisión permanente revisable –aun cuando no se imponga una pena de por vida, para no vulnerar los principios constitucionales– se aumentará el tiempo en prisión de los reclusos condenados a sufrir dicho castigo, puesto que la revisión de la condena no se producirá hasta los veinticinco o treinta y cinco años de cumplimiento de la misma –según los casos– (208).

Por otro lado, se modificó el régimen jurídico de la suspensión, pasando la sustitución de la condena a considerarse una modalidad –de aplicación excepcional de acuerdo a diversos requisitos– de suspensión. En este sentido, respecto de la sustitución de la pena por expulsión cuando se trate de extranjeros, la reforma permite que esta medida se use en relación a los individuos comunitarios, además de aceptar que el sujeto cumpla parcialmente la pena de prisión antes de su expulsión (209) –aumentándose considerable-

---

(204) Evidentemente, no se hará alusión a todas las modificaciones llevadas a cabo ni el examen será exhaustivo, ya que este no es el propósito del presente artículo, además de que ya existen muchos trabajos que han tratado dicha problemática.

(205) Evidentemente, muchas de las modificaciones afectarán a la población reclusa, ya que tipificar nuevos delitos o establecer nuevas condiciones, provoca variaciones en los individuos presos –preventivos y condenados–. No obstante, el examen se detendrá –principalmente– en aquellas medidas que impliquen un alargamiento de la duración de las condenas.

(206) Siendo esta pena lo que ha trascendido más en la opinión pública, cuando realmente sólo en excepcionales supuestos se aplicará al ciudadano. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, 2015, pp. 41-42.

(207) Máxime si se tienen en cuenta los ínfimos niveles de criminalidad obtenidos anualmente en España, y se le compara a su vez con la población penitenciaria –que tiene un tamaño bastante considerable–. Además, carece de sentido acoger una figura jurídico penal que los propios países que la contenían de un modo similar, ya ni siquiera la aplican. *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, 2015, pp. 20-21.

(208) En estos supuestos, difícilmente se garantizará la reeducación y la reinserción social del reo, de la que habla el art. 25. 2 de la Constitución –y que se considera un derecho fundamental, según la propia Norma Suprema.

(209) BARQUÍN SANZ, 2015, pp. 249-250.

mente la dureza del castigo, toda vez que aplica dos penas de manera consecutiva– (210).

Igualmente ocurre respecto de la libertad condicional, que pasa a ser considerada como otra tipología de suspensión de la ejecución de la pena, variando los requerimientos para su concesión (211). De este modo, además, a partir de la reforma el tiempo que el sujeto se halla beneficiándose de la libertad condicional «*no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena*» (212).

En otro orden de cosas, las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 introdujeron también modificaciones en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (213) y en el ámbito del comiso (214).

Del mismo modo, en el ámbito de la Parte Especial del Derecho penal, también se llevaron a cabo cambios sustanciales, tales como la eliminación del Libro III del Código y la consecuente desaparición de las faltas (215), o las reformas en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual (216), delitos contra la intimidad (217), delitos

---

(210) Hay que tener en cuenta que la expulsión definitiva puede darse tras haber cumplido el penado dos tercios de su condena, por lo que ya se encontraría en posición de beneficiarse de la libertad condicional. *Vid.* VALLE MARISCAL DE GANTE, 2015, pp. 323-324.

(211) Véase art. 90 del Código antes y después de la reforma.

(212) Art. 90. 6 del Código penal, tras la reforma de 2015.

(213) Se hace especial referencia a los programas de cumplimiento o Compliance, y a la exención o descargo de responsabilidad de la persona jurídica. *Vid.* FERNÁNDEZ PANTOJA, 2015, p. 296.

(214) Principalmente, haciendo especial referencia al decomiso ampliado, entre otras modalidades contenidas. *Vid.* FERNÁNDEZ PANTOJA, 2015, p. 275.

(215) Por lo general, respecto de aquellas faltas que han pasado a ser delitos leves –la mayoría–, se puede decir que se ha producido un endurecimiento del ordenamiento jurídico penal. *Vid.* VALLE MARISCAL DE GANTE, 2015, pp. 329-330. No obstante, parte de la doctrina entendía que algunas faltas debían seguir existiendo –no desapareciendo ni cediendo el asunto al derecho administrativo sancionador–, configurando delitos leves en el caso de lesiones, hurtos, estafas y apropiaciones indebidas. *Vid.* JAÉN VALLEJO *et al.*, 2015, pp. 199-200.

(216) Ámbito donde se han introducido bastantes variaciones, como el aumento en la edad del consentimiento o modificaciones en el delito de pornografía infantil, incluyendo las directrices marcadas por el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. *Vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, 2015, p. 439.

(217) Introduciendo por ejemplo como delito la difusión o cesión a tercero de imágenes o grabaciones que atentan contra la intimidad del individuo, aun cuando se contaba con el consentimiento del sujeto. De este modo, el legislador penal puede que haya vulnerado el principio de intervención mínima y de última ratio, toda vez que existían medios extrapenales para solventar tal problemática en el ámbito jurídico,

patrimoniales (218), delitos de apropiación indebida, malversación (219) y administración desleal y delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, en mayor medida (220), que poseen en líneas generales una tendencia hacia el endurecimiento del Código.

Por tanto, si se tiene en cuenta las modificaciones introducidas por la última reforma del Código penal acaecida hace tres años, no se puede sino afirmar la tendencia –que ya se comentó en ciertos momentos del trabajo– hacia el estancamiento de la senda declinatoria descrita por población reclusa española (221), ya que las medidas que vienen a conformar la legislación penal, se caracterizan por el alargamiento de las condenas, el establecimiento de nuevos tipos penales, y la eliminación de las faltas –convirtiéndolas en delitos leves–.

Este último aspecto es de especial relevancia, puesto que –como se ha advertido unos párrafos atrás– las faltas contra el patrimonio han pasado a convertirse en delitos patrimoniales, que muchas veces –si concurren circunstancias agravantes– puede castigarse con una pena de prisión desproporcionada a la gravedad de los hechos. Esto no es una cuestión baladí, toda vez que –como se puede observar en la Tabla 34– en torno al 40 % de los privados de libertad que están cumpliendo condena en las cárceles de nuestro país, lo están haciendo por esta modalidad delictual. De este modo, aun cuando el número de penados condenados por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico va descendiendo en términos absolutos, en realidad cada vez

---

como las leyes de carácter civil que protegen el derecho al honor. *Vid.* VALLE MARISCAL DE GANTE, 2015, pp. 332-333; CASTELLÓ NICÁS, 2015, pp. 490-493.

(218) Los cuales han sufrido un endurecimiento generalizado, ya que casi todas las faltas de esta tipología adquieren la consideración de delitos leves, pudiéndosele aplicar ahora –a casos sin suficiente relevancia– circunstancias agravantes. *Vid.* SÁNCHEZ ROBERT, 2015, pp. 515-519.

(219) Es curioso como la malversación, un delito vinculado a la corrupción, disminuye su límite mínimo –lo que posibilitará la suspensión de las condenas más irrelevantes–, sobre todo, si se tiene en cuenta que estamos en un momento en el que la opinión pública nos bombardea con casos de corrupción –siendo según el CIS uno de los problemas más acuciantes para la población española–. *Vid.* TERRADILLOS BASOCO, 2017, p. 4. En este sentido, los políticos parecen querer solventar dicho problema, no obstante, ablandan la respuesta penal en una modalidad delictiva a la que pueden enfrentarse ellos como sujetos penalmente responsables.

(220) Puesto que se producen modificaciones en casi todas las partes del Código, meramente a título de ejemplo se pueden mencionar variaciones en la tipificación de los delitos en el ámbito de la violencia familiar y doméstica, incendios, delitos de atentado y contra el orden público, en los delitos de terrorismo, o la inclusión de nuevos delitos como el matrimonio forzado o el hostigamiento.

(221) En este sentido, recuérdese lo comentado respecto del Examen analítico de los últimos años en las Tablas 11 y 12, en relación a la desaceleración del descenso producido en los dos últimos años.

aglutina a más población en nuestras prisiones en términos relativos, debido muy posiblemente a la reforma de 2015.

Año	Penados condenados por Delitos patrimoniales (222)	Total condenados (223)	Porcentaje
2014	20.701	55.114	37,56
2015	20.238	52.711	38,4
2016	19.592	50.364	38,9
2017	19.365	49.126	39,42

Tabla 34. *Porcentaje de reclusos en Instituciones penitenciarias españolas condenados por delitos patrimoniales (224)*

Por tanto, debe resultar al menos curioso que en vez de continuar con el necesario vaciamiento de los establecimientos penitenciarios despenalizando o relajando el castigo en algunas de las faltas o contravenciones –e incluso delitos– de índole patrimonial recogidas en el Código; la política criminal española se decantó en las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 por castigar y endurecer aquella modalidad delictiva (225), adjetivando de un carácter más severo a institutos jurídico–penales que ni siquiera se consideraban lo suficientemente lesivos –con anterioridad a la reforma– para ostentar la categoría de delito –lo que contribuirá a detener el ritmo descendiente de la población reclusa española de los últimos tiempos– (226).

Igualmente ocurrirá con el alargamiento de las condenas en las que se imponga la prisión permanente revisable, toda vez que aunque se trate de una pena que sólo se utilizará para determinados o concre-

(222) Sumatorio de la Población reclusa penada conforme al Código penal anterior por delitos contra la propiedad y Población reclusa penada conforme al Código penal vigente por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

(223) Total población reclusa penada en las cárceles españolas conforme a ambos Códigos.

(224) Fuente Anuarios del Ministerio del Interior: elaboración propia.

(225) Aquella que representa a la mayor parte de los reclusos españoles.

(226) Evidentemente, una medida más acorde frente a esta tipología delictiva hubiera sido bajar los límites superiores e inferiores de las penas, lo que rápidamente hubiera redundado en la cantidad de personas reclusas en España. Además, hay que volver a destacar los índices de criminalidad españoles, que son extremadamente bajos, por lo que no hay razón de ser para reprimir más al ciudadano y al penado. Finalmente, hay que criticar que en estos específicos delitos leves patrimoniales –más si cabe– el castigo no se fundamente simplemente en sanciones de pura naturaleza educativa, y se prefiera destinar fondos públicos preferentemente al encierro de un individuo, que en educarlo y concienciarlo, rehabilitándolo y consiguiendo que sea útil para la sociedad a la que pertenece.

tos delitos –que representan un porcentaje bastante pequeño en relación a la totalidad de la población reclusa–, los penados bajo esta modalidad punitiva conformarán la población penitenciaria española durante una cantidad de años enorme –incluso en algunos casos de por vida–, lo que coadyuvará a la consolidación de una vasta población penitenciaria.

Ahora bien, lo comentado hasta aquí sólo es uno de los motivos que se pueden argüir como base para defender que nuestra población privada de libertad irá limitando cada vez más su ritmo de decrecimiento para en unos años, o bien mantenerse –si las políticas criminales y su aplicación no cambian–, o bien comenzar a aumentar nuevamente –si se toman medidas penales más restrictivas, si no se despenalizan algunas conductas (227), si aumentan las plazas en las convocatorias para el ingreso en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, o si se apuesta de una manera real y efectiva por formas de hacer justicia más sociales y educativas, como la justicia restaurativa–.

Además, esa tendencia parece observarse cuando analizamos los diversos factores que explicaban el descenso en su conjunto.

En primer lugar, de acuerdo a las Tablas 19 y 20, se puede decir que desde 2016, y sobre todo a partir de 2017, la población extranjera residente en España ha comenzado nuevamente a aumentar. Teniendo en cuenta la gran dependencia que muestra este grupo poblacional con la población reclusa total –Tabla 21–, en base al coeficiente de correlación, parece que a medio plazo, si la población extranjera residente en nuestro país inicia la senda del crecimiento, igual sentido tomará la serie de la población reclusa española, debido a que –como ya se explicó– la justicia española y las agencias del sistema penal encargadas de la persecución del crimen, presentan un gran sesgo a la hora de seleccionar al delito y al delincuente, criminalizando secundariamente al extranjero fácilmente identificable, respecto de la población oriunda.

Igualmente, parece ocurrir con la marcha de la economía española, que comienza a superar los valores del PIB anteriores a la etapa anterior a la crisis financiera que asoló a nuestro país y al resto de las economías del mundo en la última década. Este aspecto, del mismo modo, presenta una asociación muy intensa con el número de individuos extranjeros que se plantean residir definitivamente en España, lo que a su vez –como se ha advertido en el párrafo anterior– produce cambios en la población reclusa privada de libertad en los establecimientos penitenciarios españoles. No obstante, el Fondo Monetario

---

(227) Como por ejemplo, eliminando los delitos leves, o despenalizando el tráfico de drogas –al menos de la marihuana y sus derivados–.

Internacional en los últimos tiempos es cauto y rebaja las previsiones de crecimiento de nuestro país (228), y aunque observa desaceleraciones en países como Alemania (229), parece que en 2019 seguirán creciendo las economías de esta zona del mundo.

Por su parte, en relación a los delitos de tráfico de drogas y a la reforma introducida en 2010 en dicha materia, se debe decir que habiendo transcurrido ya más de un lustro, las condenas que se están cumpliendo en este momento y los preventivos que se hallan en nuestras cárceles a la espera de juicio, en su mayoría se hallan sometidos a la regulación impuesta a principios de esta década, y no por la normativa anterior, por tanto, no sería previsible que los reclusos por esta modalidad delictual sufran una disminución de mayor consideración que la acaecida en estos años (230), porque si bien –al ser las penas inferiores que en 2010– la duración de la condena es y será menor y, por tanto, de media habrá menos privados de libertad por delitos relacionados con el narcotráfico que anteriormente; tampoco es menos cierto que los que hay actualmente, son los que son, mientras continúen las circunstancias de hogaño. Evidentemente, la introducción de estrategias político-criminales podrá variar el devenir de esta población, incluso afectará en ella la situación económica de una determinada zona, puesto que la actividad criminal en este tipo de delitos –con especial hincapié– puede aumentar si existe una situación de precariedad, que no permite a los individuos desarrollar su vida con la suficiente dignidad.

Lo mismo puede determinarse si se atiende a los mecanismos alternativos a la prisión, que evidentemente también tendrán su repercusión en la población reclusa en nuestro país. Además, como se ha observado al inicio del presente epígrafe, tras la reforma de 2015 estos instrumentos alternativos a la reclusión fueron modificados, imponiendo un régimen más estricto. Especialmente interesante –en este sentido– parece ser detenernos en el estudio de la libertad condicional y su evolución en los últimos años, toda vez que –como se desprendió de las Tablas 32 y 33– es esta la modalidad de suspensión que más grado de dependencia o asociación muestra con la población condenada española.

---

(228) AMIGOT, 2018.

(229) EFE, 2018.

(230) Sino que siga en su porcentaje actual de casi el 50 % del descenso –véase media desde 2011 de la Tabla 30–, cifra que previsiblemente con el pasar de los años irá disminuyendo, representando menor porcentaje, lo que igualmente provocará esa desaceleración u estancamiento de la población reclusa española.

Pues bien, como se puede visualizar en la Tabla 35, ningún año con anterioridad a 2015 obtuvo una cifra sobre libertad condicional inferiores a 8.000 altas. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2015, el descenso en la concesión de dichas altas, disminuyó considerablemente –en aproximadamente 2.500 altas (231)– en el corto plazo de dos anualidades. Como resulta lógico, si continúa dicha senda en la concesión de las altas, la población condenada irá perdiendo un mecanismo de reducción, y que hasta el momento venía utilizándose teleológicamente con pretendido objetivo.

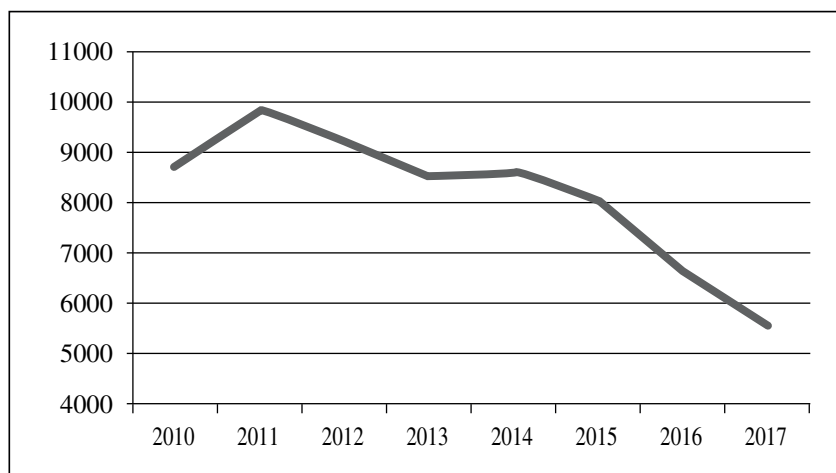


Tabla 35. *Evolución de las altas por libertad condicional en España en los últimos ocho años (232)*

No obstante, a mayor abundamiento y más allá de las diferentes razones aducidas hasta el momento, esta tendencia hacia la desaceleración en el ritmo de decrecimiento puede observarse respecto de la información contenida en la Tabla 11 –que se refería a la evolución de la población reclusa española total, desde 2009 a 2017, esto es, sólo en el periodo de descenso–, si se analiza la curva más detenidamente, y se estudia la tendencia logarítmica –Tabla 36–, ya que esta última curva de tendencia estudiada, muestra aún más paladinamente tal estancamiento o desaceleración, al dibujar una especie de asíntota oblicua que suaviza cada vez más la pendiente de la serie de la población reclusa total.

(231) En la Tabla 32, también pueden observarse los datos de altas en términos relativos –porcentaje–, en la que también es bastante apreciable el descenso.

(232) Fuente Tabla 32: elaboración propia.

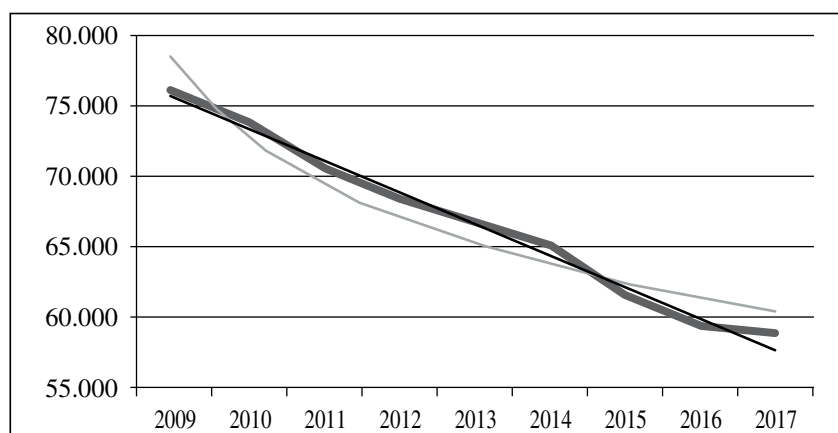


Tabla 36. Evolución de la población reclusa española total en el periodo 2009-2017 (233)

Por tanto, al analizar y examinar la tabla anterior, no cabe duda de que la población reclusa española continuará la tendencia de disminución, en virtud de lo mostrado por la tendencia lineal –línea negra–, que además presenta un ajuste perfecto, con un coeficiente de determinación  $-R^2-$  de 0,99. No obstante, esta información ofrecida por la tendencia lineal se puede complementar de acuerdo al resultado del ajuste de índole logarítmica –línea roja–. De este modo, parece que la curva declinatoria seguirá dicho camino de disminución, pero a un ritmo menor, esto es, frenándose el ritmo de descenso. Esta previsión, también debe tenerse muy en cuenta, puesto que el coeficiente de determinación  $-R^2-$ , en el caso de la tendencia logarítmica, si bien no presenta un ajuste perfecto, si ostenta una robustez enorme, al alcanzar un valor de 0,93.

Más concretamente, para analizar esta desaceleración que se viene produciendo en los últimos años, se puede estudiar el comportamiento de la serie en los últimos trimestres, al efecto de examinar si se observa más claramente la desaceleración de la que se viene hablando –Tabla 37–.

Año/Trimestre	Preventivos	Penados	Total (234)
<b>2016/1</b>	7.769	52.550,33 (235)	60.319,33
<b>2016/2</b>	7.750	52.605	60.355

(233) Fuente INE: elaboración propia. Se trata de la Tabla 11 ampliada en el tramo que recorre la serie, a la cual se le dibuja la tendencia lineal –en negro–, y la tendencia logarítmica –en gris claro–.

(234) Total de la suma de las medias trimestrales de preventivos y de las medias trimestrales de penados. La población reclusa total que se viene utilizando –de acuerdo a las series del INE y los Anuarios del Ministerio del Interior, incluyen –además de preventivos y penados– a los sujetos que se encuentran cumpliendo con una medida de seguridad y a los penados con preventivas.

(235) Son medias aritméticas, por ello surgen decimales. No se trata de individuos reales.



Año/Trimestre	Preventivos	Penados	Total (234)
2016/3	7.899	51.323	59.222
2016/4	7.945,67	50.712	58.657,67
2017/1	8.240,33	50.627,67	58.868
2017/2	8.453,33	50.745	59.198,33
2017/3	8.500	50.206,67	58.706,67
2017/4	8.530,33	49.450,67	57.981
2018/1	8.494,33	49.417,67	57.912
2018/2	8.662,67	49.559,67	58.222,34
2018/3	8.725	49.208	57.933

Tabla 37. *Medias trimestrales desde 2016 a la actualidad (236)*

De este modo, en la Tabla 38 (237), se visualiza claramente la desaceleración en el descenso que se viene produciendo en la población penitenciaria española. Y es que si se centra el análisis en los trimestres habidos desde la reforma, la ralentización del decrecimiento de la serie parece mucho más acentuada.

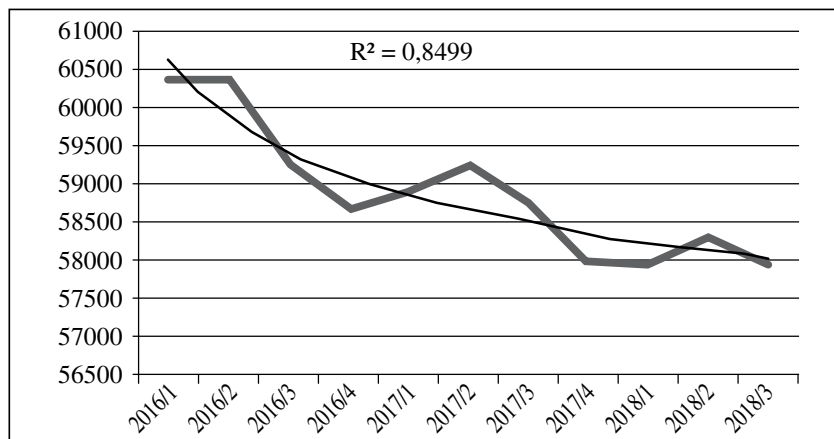


Tabla 38. *Evolución de las medias trimestrales de población reclusa total (238) desde la entrada en vigor de la reforma de 2015 (239)*

Así, se observa que como ocurría en la Tabla 36, el estancamiento es evidente. Además, el ajuste de la recta utilizando la tendencia loga-

(236) Fuente Estadística Penitenciaria: elaboración propia.

(237) En la Tabla 38 también puede percibirse rápidamente de un simple vistazo, la estacionalidad que sufre la población reclusa española, que ha sido tratada por el autor de estas líneas en un trabajo anterior, y que verá la luz recientemente.

(238) Fuente Tabla 37: elaboración propia.

(239) Las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, entraron en vigor a 1 de julio de 2015, no obstante, se encontraría a mitad del tercer trimestre. Además, los efectos de una reforma penal no son inmediatos, por lo que se opta por tomar los datos a principios de año 2016.

rítmica –línea negra– se debe considerar robusta y aceptable al superar el coeficiente de determinación « $R^2$ » el valor de 0,75, y alcanzando aproximadamente el de 0,85.

Además, si se acude a los datos de la Tabla 37, y se observan los valores medios totales de los primeros y terceros trimestres de estos últimos años, se puede observar con nitidez que los valores de los terceros trimestres venían a ser menores a los de los primeros trimestres, no obstante, para el último año –2018– sucede que el tercer trimestre supera la cifra media de reclusos totales del primero, lo que puede interpretarse como otro síntoma del estancamiento que se viene produciendo en el descenso de la población reclusa española.

No obstante, resulta llamativo, cuando se analizan los datos contenidos en esa misma Tabla 37, que la población penada es la que realmente está decreciendo desde la reforma del Código penal de 2015, ya que la población reclusa de manera preventiva va aumentando a cada trimestre.

Pero, ¿eso fue así siempre? Es decir, ¿la población privada de libertad provisoriamente ha ido creciendo mientras la penada descendía? ¿O este es un hecho que se viene desarrollando recientemente?

Así las cosas, si se observa la Tabla 39, se puede observar que la población penitenciaria provisionalmente ha venido disminuyendo desde 2008 en adelante a un ritmo constante, reduciéndose en siete años (2008-2015) en algo más de 10.000 individuos. No obstante, desde 2015 ha comenzado nuevamente la senda del acrecimiento, aunque no con tanta vigorosidad en esta última cresta.

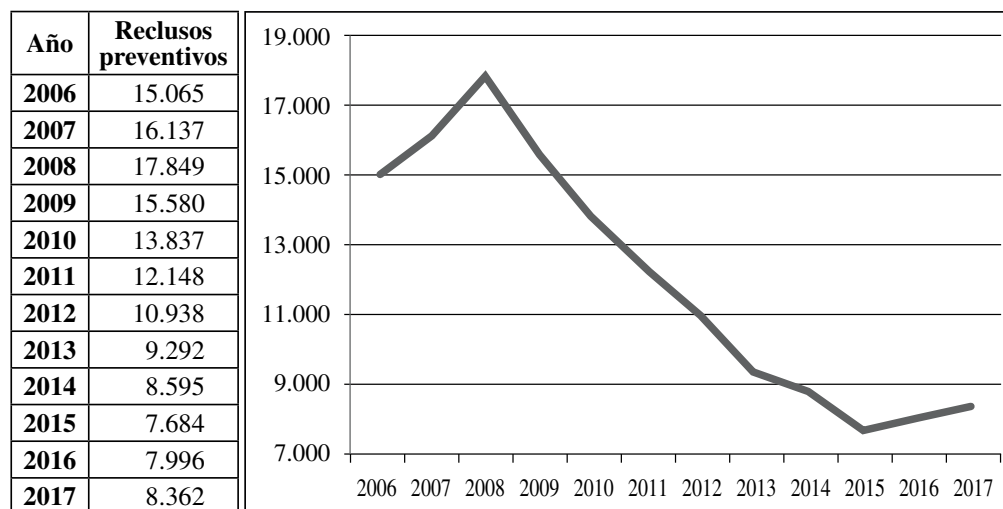


Tabla 39. *Evolución de la población penitenciaria provisionalmente desde el inicio de la serie hasta la actualidad (240)*

(240) Fuente Estadística Penitenciaria: elaboración propia.

Sin embargo, esta evolución seguida por la población privada de libertad provisoriamente (241), no viene sino a confirmar la tendencia que ya se ha comentado hasta la saciedad, de que en los próximos años todo parece indicar que la población reclusa española cambiará su tendencia de disminución para mantenerse o iniciar un incremento en la misma (242).

Además, es evidente que el cambio de tendencia en la población reclusa preventivamente va a suponer la ralentización y/o el inicio de una senda de crecimiento en la población reclusa total, puesto que como se puede observar al analizar la Tabla 40 y, concretamente al compararla con la Tabla 39, en ciertas anualidades del periodo de decrecimiento reciente de la población reclusa total, dicho descenso ha sido sostenido únicamente por la disminución de la población interna en centros penitenciarios de forma preventiva, ya que la población condenada en algún momento de la serie estadística ha sufrido estancamientos abruptos en el ritmo de decrecimiento, como ocurrió para el año 2013 (243).

Y es que la relevancia de la población penitenciaria provisionalmente es vital para nuestra población reclusa total, toda vez que aquella –en su periodo de descenso– iba disminuyendo a un ritmo algo mayor que el de la población condenada (244).

Ahora bien, la mencionada importancia de la población reclusa preventiva es incluso aún mayor, puesto que si se tiene en cuenta el tamaño de dicha población de presos preventivos, no se puede sino determinar que en dicho periodo declinatorio la disminución fue de aproximadamente un 60 % de la población preventiva habida en

---

(241) En este sentido, recuérdese la curva de Ingresos en prisión de los extranjeros –Tabla 15–, puesto que al igual que ocurre con la Tabla 39, el máximo se alcanzaba en la anualidad de 2008, un año antes que el máximo alcanzado por la población reclusa total. Ambas series, a partir de dicho momento comienzan la senda declinatoria que –a diferencia de la curva de la población preventiva– en el caso de los ingresos de foráneos aún hoy se mantenía constante –a pesar de mostrar cierta desaceleración–.

(242) Ahora bien, en el particular caso de la población reclusa provisionalmente, es complicado adivinar el motivo del descenso de la población acaecida un año antes que el decremento de la población reclusa total, puesto que los apartados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –Real Decreto de 14 de septiembre de 1882– que se encargaban de reglamentar la prisión provisional, no se modificaron en periodo que va desde 2003 a 2015. Por tanto, aun cuando el cambio de tendencia acaecido recientemente en 2015, puede explicarse –al menos a priori– por dicha reforma de dicha Ley, en el caso del inicio de la vaguada iniciada a partir de 2008, no se halla razón de ser en el ámbito de reformas de las normas procesales penales.

(243) Curiosamente el año 2013 fue de los años que más se redujo la población penitenciaria española.

(244) La población penada ha decrecido también en unos 10.000 individuos (2009-2017), pero tardando un año más que en el caso de la población preventiva (2008-2015).

2008 (245). Mientras que en el caso de la población condenada, esa reducción en 10.000 penados, supuso apenas una disminución del 17, 5 % del total de la población penada para el año 2009 (246).

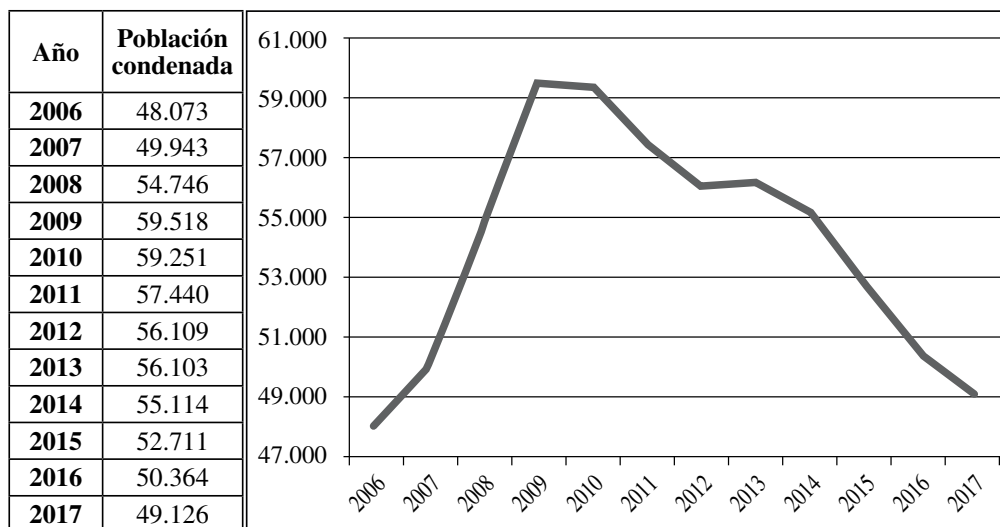


Tabla 40. *Evolución de la población penitenciaria preventivamente desde el inicio de la serie hasta la actualidad (247).*

No obstante todo lo argumentado hasta este punto, aun cuando es previsible que la población reclusa total –por todos los motivos aducidos– en el medio plazo se estanque –e incluso comience a ascender–, de momento, al término de 2018 parece que continuará su senda de decrecimiento.

## X. CONCLUSIONES

La población reclusa española sufrió un incremento exponencial desde la llegada de la democracia, toda vez que en apenas tres décadas (1978-2009) pasó de aproximadamente contener a 12.000 individuos a estar conformada por unos 76.000 internos, con los problemas que dicho aumento traían aparejados (248). Por tanto, la democracia

(245) Exactamente entre 2008 y 2015, la población preventiva se redujo en un 56,95 %.

(246) Exactamente entre 2009 y 2017, la población condenada disminuyó en un 17, 46 %.

(247) Fuente Estadística Penitenciaria: elaboración propia.

(248) Piénsese simplemente en las infraestructuras necesarias para llevar a cabo el encierro.

demostró su afán de punir y castigar penalmente conductas, con mucho más rigor que en el periodo anterior.

Sin embargo, este ascenso tuvo lugar en mayor medida tras la promulgación del Código penal de 1995, el Código penal democrático, ya que a los pocos años de su entrada en vigor, comenzó a crecer con una fuerza constante la población penitenciaria de nuestro país.

Ahora bien, ello no significa que el incesante incremento fuera la consecuencia de un aumento sin precedentes de la delincuencia española, ya que la misma se incrementó mínimamente unos años, para volver a los valores iniciales de criminalidad en pocos años; mientras tanto, la población privada de libertad se disparaba y alcanzaba cada anualidad un nuevo máximo histórico –hasta 2009–.

No obstante, el asunto parece que en el fondo se trataba de un problema anejo a la buena marcha de la economía, ya que desde la entrada de la democracia España fue mejorando su situación económica, máxime tras la entrada en la Unión Europea –con apenas unos años de recesión a mitad de los noventa–, y a dicho ritmo de crecimiento parecía crecer la población penitenciaria.

Aspecto este que queda confirmado parcialmente, ya que el factor que mostraba mayor grado de dependencia o asociación con la población reclusa española, no era otro que la población extranjera residente en nuestro país. Así, evidentemente, el crecimiento económico de un territorio –en el particular, España– es la condición principal para atraer a población extranjera en un determinado lugar.

Pero volviendo sobre el análisis de la población reclusa española y sobre la vital relevancia de la población extranjera en ella, se debe advertir que la población reclusa en nuestro país no es sino la consecuencia del desarrollo de una política criminal que ha venido priorizando una selectividad de la delincuencia, criminalizando –secundariamente– al ciudadano extranjero que reside en nuestro país, aplicando sin límite alguno la teoría del etiquetamiento.

Ante tal situación de sobrepoblación penitenciaria en un país con unos bajos niveles de criminalidad, el legislador español reformó el Código penal en 2010.

De este modo, si bien es cierto que las modificaciones introducidas en el ámbito del tráfico de drogas han coadyuvado a la disminución de la población reclusa en los últimos años, tampoco es menos cierto que este decrecimiento responde a una disminución de la población extranjera residente en el país, debida certeramente a la constricción de la economía española tras la crisis económica de la última década.

Sin embargo, el sistema penal español fue modificado hace un trienio, cuando se reformó el Código penal por las Leyes Orgánicas 1

y 2/2015. A partir de entonces, en los últimos años, parece que el ritmo de decrecimiento que venía produciéndose en la población reclusa de nuestro país se está ralentizando y, posiblemente, en un mediano plazo de tiempo la población reclusa española vuelva a la senda del crecimiento.

Esta reforma destinada principalmente a endurecer nuestro Código penal no tenía sentido, máxime en un momento en el que se había logrado reducir en casi 18.000 internos a la población reclusa española, además de si se tienen en cuenta las cifras de delincuencia de nuestro país.

Por tanto, la reforma de 2015 debió establecer medidas más acordes a la resocialización del reo y de justicia restaurativa para una amplia mayoría de delitos, debió recoger propuestas que despenalizaran crímenes de bagatela o de escaso valor y, en todo caso, molificar y suavizar los marcos punitivos de casi todos los delitos, ya que el tiempo que un individuo es privado de libertad es inversamente proporcional a su reinserción social y a su rehabilitación, lo que facilitará su reincidencia.

Además, no habría estado de más –tras los efectos observados con la reforma de 2010– despenalizar el tráfico de –al menos– algunas drogas, como por ejemplo, los derivados del cannabis; para, de este modo, retrotraer aún más la población reclusa española y poner fin a una actividad criminal desarrollada por organizaciones criminales transnacionales, que cambian y adaptan (249) sus estrategias de operatividad ante las labores de los agentes estatales encargados de la seguridad.

Y es que, ¿acaso no es mejor gastar el dinero público en educación y reeducación que en encierro?

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- AEBI, M.; BARCLAY, G.; JEHLE, J. M.; KILLIAS, M., «Un nuevo instrumento para la investigación criminológica», en *Boletín Criminológico*, 53, 2001.
- AMIGOT, B., «El FMI prevé que España crezca menos y advierte del riesgo de vincular las pensiones al IPC», en Diario *Expansión*, de 3 de octubre de 2018. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia/2018/10/03/5bb49325e2704ed59e8b4631.html> [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018].
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J.; RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Alcalá de Guadaíra: Editorial Mad, 2004.

---

(249) Para evitar el transporte desde el norte de Marruecos hacia la península, cada vez se están cultivando más las plantaciones de marihuana en el propio territorio nacional.

- BALLESTER RUBIO, M., «El flujo penitenciario español», en *Revista Crítica Penal y Poder*, 10, 2016.
- BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BARQUÍN SANZ, J., «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- BOTELLA SORIA, E. N., «La reforma del Código Penal de 2010 en materia de tráfico de drogas y la aplicación retroactiva de la ley más favorable» en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 76, 2010.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad», en *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 2015.
- CANCIO MELIÁ, M., «¿Derecho penal del enemigo?», en JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- CANO PAÑOS, M. A., «La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011.
- CARRANZA, E., «Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles», en CARRANZA, E. (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*, México D. F.: Siglo XXI Editores, 2001.
- CARRANZA, E.; HOUED, M.; MORA, L. P.; ZAFFARONI, E. R., *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José de Costa Rica: ILANUD, 1983.
- CASTELLÓ NICÁS, N., «Delitos contra la intimidad, derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015.
- CESANO, J. D., «Conceptos instrumentales y marcos teóricos para una reconstrucción histórica del control social formal en la Argentina (1880-1955)», en *Horizontes y Convergencias*, 2009. Recuperado de: <http://horizontesyc.com.ar/?p=3696> [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2018].
- CID MOLINÉ, J., «El sistema penitenciario en España», en *Jueces para la Democracia*, 45, 2002.
- «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 6, 2008.
- CID MOLINÉ, J.; LARRAURI PIJOAN, E. (coords.), ESCOBAR, G.; LAHOZ, J.; LÓPEZ I FERRER, M.; TÉBAR, B.; VARONA, D., *Jueces penales y penas en España. (Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Ocupación carcelaria. Hipótesis acerca del descenso de la población penitenciaria en España», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.
- *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Granada: Comares, 2016 b.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Características de la actual política criminal española en materia de drogas ilícitas», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; LAURENZO COPELLO, P. (coords.). *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- «La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código penal», en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial*, 9, 1998.
- EFE –Agencia–, «El FMI rebaja su pronóstico para Alemania en 2018 por la amenaza del proteccionismo y un Brexit duro», en *Diario El Economista.es*, de 5 de julio de 2018. Recuperado de: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9254657/07/18/El-FMI-rebaja-su-pronostico-para-Alemania-en-2018-por-la-amenaza-del-proteccionismo-y-un-Brexit-duro.html> [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2018].
- ESTEBAN GARCÍA, J.; BACHERO NEBOT, J. M.; BLASCO BLASCO, O. M.; COLL SERRANO, V.; DÍEZ GARCÍA, R.; IVARS ESCORTELL, A.; LÓPEZ RODRÍGUEZ, M. I.; ROJO OLIVAS, C.; RUIZ PONCE, F., *Estadística Descriptiva y nociones de Probabilidad*, Madrid: Thomson, 2005.
- FARRINGTON, D.; JOLLIFFE, D., «England and Wales», en FARRINGTON, D.; LANGAN, P.; TONRY, M. (eds.). *Cross-National Studies in Crime and Justice*, Washington, D. C.: Bureau of Justice Statistics, U. S. Department of Justice, 2004.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P. «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Los medios de comunicación y el derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16, 2005. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf> [fecha de última consulta: 4 de noviembre de 2018].
- GARCÍA ESPAÑA, E.; PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: Análisis e interpretación de las estadísticas oficiales, Informe del Observatorio de la Delincuencia en Andalucía 2004*, Málaga: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología –Sección Málaga– y Fundación El Monte, 2004.
- «Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI», en CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.; GARCÍA ESPAÑA, E. (coords.). *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Granada: Comares, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA RAMOS, J. A.; RAMOS GONZÁLEZ, C.; RUIZ GARZÓN, G., *Estadística empresarial*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2009.
- GARLAND, D., *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*, Madrid: Siglo XXI Editores de España, 1999.
- *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa, 2005.



- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Prólogo a la 21.ª ed. del Código penal*, Madrid: Tecnos, 2015.
- GONZÁLEZ MANTEIGA, M. T.; PÉREZ DE VARGAS LUQUE, A., *Estadística aplicada. Una visión instrumental*, Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2009.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I., «La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el Siglo XXI», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 8, 2012.
- GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL –GEPC–, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal, 2005.
- HASSEMER, W., «Symbolisches strafrecht und Rechtsgüterschutz», en *NStZ*, 12, 1989.
- JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma penal de 2015 (Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo)*, Madrid: Dykinson, 2015.
- JAKOBS, G., «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de derecho judicial*, 20, 1999.
- JIMÉNEZ, F., *Elementos de teoría y políticas macroeconómicas para una economía abierta: Nuevas tendencias, el crecimiento endógeno, Tomo 1*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2012.
- LÉRIDA, A., «Por qué un enfermo tiene que pagar para ver la televisión y los presos no?», en *Diario ABC*, de 21 de noviembre de 2015. Recuperado de: [https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-enfermo-tiene-pagar-para-televisiion-y-presos-no-201511210838\\_noticia.html](https://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-enfermo-tiene-pagar-para-televisiion-y-presos-no-201511210838_noticia.html) [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2018].
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Alternativas al sistema carcelario*, Madrid: Ceura, 1993.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur Menor: Thomson/Civitas, 2005.
- «La población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español», en CESANO, J. D.; SANTORO, E.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Cárcel, inmigración y sistema penal*, Buenos Aires: Ediar, 2008.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, E., «Errores frecuentes en la interpretación del coeficiente de determinación lineal», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 38, 2005.
- MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, 2001.
- MOLINA LÓPEZ, R., «El debido proceso penal en Colombia y España», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40, 2010. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151416945002> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018].
- MORENO, R., «¿Por cuánto sale un recluso?», en *Diario Expansión*, de 18 de junio de 2018. Recuperado de: <http://www.expansion.com/actualidad-economica/analisis/2018/06/18/5b278289ca4741d4658b4621.html> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2018].

- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- NAVARRO, C., «La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente», en CID, J.; LARRAURI, E. (coords.). *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona: Bosch, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Estudio preliminar», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- RECHEA, C.; BARBERET, R.; MONTAÑÉS, J.; ARROYO, L., *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Toledo: Ministerio de Justicia e Interior y Universidad de Castilla-La Mancha, 1995.
- RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid: Edisofer, 2003.
- RIVERA, I., *Cuestión carcelaria: Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales*, Madrid: Dykinson, 2016.
- ROLDÁN BARBERO, H., «El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-04, 2010.
- ROXIN, C., «Acerca del desarrollo reciente de la Política Criminal», en *Cuadernos de Política Criminal*, 48, 1992.
- *Política criminal y sistema de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.). *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete: Bomarzo, 2006.
- «Extranjeros en prisión: una marginación reiterada», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.). *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete: Bomarzo, 2006.
- RUSCHE, G.; KRICHHEIMER, O., *Pena y estructura social*, Bogotá: Temis, 1984.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Barcelona: Marcial Pons, 2012.
- SÁNCHEZ ROBERT, M. J. «Hurto, *furtum possessionis*, robo, robo y hurto de uso de vehículos a motor, usurpación», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015.
- SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, I., «El derecho constitucional a recibir información veraz y estadísticas de criminalidad», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10, 2013.
- SERRANO GÓMEZ, A.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRRAGA, M. D.; LUACES GUTIÉRREZ, A. I.; SERRANO MAÍLLO, M. I.; FERNÁNDEZ VILLAZALA, T.; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., «Evolución de la delincuencia en España según estadísticas oficiales (1998-2005)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18, 2006.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Edisofer, 2011.
- SOZZO, M., «Populismo punitivo, proyecto normalizador y «prisión-depósito» en Argentina», en *Sistema Penal & Violencia*, 1, 2009.
- SPIEGEL, M.; STEPHENS, L., *Estadística*, México, D. F.: Mc Graw Hill, 2009.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política criminal con bases empíricas en España», en *Política Criminal*, 3, 2007.
- TÉBAR VILCHES, B., *El modelo de libertad condicional español*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Corrupción política: consideraciones político-criminales», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1, 2017. Recuperado de: <https://www.ejc-reeps.com/estudios-penales-2> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2018].
- TOMEIO, V.; UÑA, I., *Estadística descriptiva*, Madrid: Ibergaceta Publicaciones, 2009.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M. «La reforma del Código penal de 2015», en *Foro, Nueva Época*, vol. 18, 1, 2015.
- VARELA, C. I.; «De la "letra de la ley" a la labor interpretante: la "vulnerabilidad" femenina en los procesos de judicialización de la ley de trata de personas (2008-2011)», en *Cadernos Pagu*, 41, 2013.
- VITALE, G. L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- VOGEL, J., «Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; PRIETO DEL PINO, A. M.; SOTO NAVARRO, S. (coords.). *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- WESTFELT, L.; ESTRADA, F., «International Crime Trends: Sources of Comparative Crime Data and Post-War Trends in Western Europe», en SHEPTYCKI, J.; WARDAK, A. (Eds.). *Trasnational & Comparative Criminology*, Londres: Cavendish Publishing, 2005.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000.
- ZIPF, H. *Introducción a la Política Criminal*, Madrid: Edersa, 1979.

## SECCIÓN PREMIO SCEVOLA 2017

### Contra la prisión permanente revisable \*

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Para acudir únicamente a los países de nuestro entorno: ni Noruega, ni Portugal, ni Croacia, ni Serbia contemplan en sus leyes la pena de prisión perpetua.

Ciertamente que en otras naciones europeas la prisión perpetua figura en su catálogo de penas. Pero el plazo que tiene que transcurrir para que se revise esa pena y el recluso pueda alcanzar la libertad condicional es: de siete años en Irlanda; de 10 años en Suecia y Suiza; de 12 en Chipre, Dinamarca y Finlandia; de 15 en Austria, Alemania, Bélgica, Liechtenstein, Luxemburgo y Macedonia; de 18 en Francia; y de 20 en Bulgaria, Grecia, Hungría, República Checa y Rumania. En España la revisión de la prisión permanente se ha fijado, según la gravedad del delito cometido, en 25 o, en su caso, en 35 años. Hasta 2015 la pena máxima, introducida en nuestro Código Penal (CP) en 2003, era la de 40 años de cumplimiento efectivo, pena que ahora se ha visto superada en su severidad, en una escalada imparable, por la pena de prisión permanente revisable creada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

El número de personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes es: de 53 en los Países Bajos y en Suecia; de 55 en Finlandia; de 58 en Dinamarca; de 74 en Noruega; de 78 en Alemania; de 80 en Irlanda; de 83 en Suiza; de 89 en Grecia; de 90 en Italia; de 93 en Austria; de 98 en Bélgica; y de 103 en Francia. En España ese número se

---

\* Conferencia pronunciada por el autor, el 22 de junio de 2018, en la ceremonia en la que se le entregó el premio Scevola 2017 a la ética y a la calidad de los profesionales del Derecho. Se han suprimido las palabras introductorias de agradecimiento.

dispara hasta las 130 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes.

Mientras que en otros países ha disminuido en los últimos años el número de personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes (en Finlandia de 190 a 57, en los Países Bajos de 128 a 53, en Alemania de 104 a 78, en Suecia de 81 a 53, en Austria de 108 a 93), corresponde a España el dudoso honor de haber aumentado su población penitenciaria casi cuadruplicándola: de 38 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes en 1984 se ha pasado a 130.

La extremada dureza de nuestro CP en relación con los Estados europeos que acabo de mencionar, podría obedecer al alto número de delitos contra la vida que se realizan en España. Pero, afortunadamente, sucede todo lo contrario: España es uno de los países donde menos delitos de esa naturaleza se cometen y, en consecuencia, una de las naciones más seguras del mundo.

Así, y por ponerlo en relación con algunos de los Estados europeos que he mencionado anteriormente, donde, o no existe prisión permanente, o la revisión de ésta se lleva a cabo antes –o mucho antes– de la que establece nuestro CP, el número de delitos contra la vida (asesinatos y homicidios dolosos) que se registran por cada 100.000 habitantes es: de 1,7 en Grecia; de 1,6 en Finlandia y Bélgica; de 1,4 en Macedonia; de 1,3 en Hungría; de 1,2 en Croacia y Portugal; de 1,0 en la República Checa y en Francia; de 0,9 en Austria y en los Países Bajos. España, con 0,8 de delitos dolosos contra la vida cometidos por cada 100.000 habitantes ocupa prácticamente –junto con Dinamarca, Luxemburgo y Alemania– el último lugar del mundo por lo que se refiere a las posibilidades de que una persona pierda la vida a consecuencia de un ataque intencional contra su persona.

Cuando se alega en España, a favor de la prisión permanente revisable o de la brutal pena de 40 años de prisión efectiva, que ello es necesario para satisfacer los fines de prevención general (con la amenaza de penas prácticamente ilimitadas se cometerían menos delitos), se están formulando afirmaciones que, simplemente, no son ciertas.

Mediante la prevención general se confía en que, por el miedo al castigo, los ciudadanos se abstengan de cometer delitos; ciertamente que esta función nunca se satisface plenamente, porque en todas las sociedades, a pesar de estas amenazas, se cometen delitos. Pero que ese miedo al castigo consigue disminuir, en gran medida, la comisión de hechos delictivos es algo empíricamente comprobable, en cuanto que, siempre que, de alguna manera, se produce un vacío del poder punitivo estatal, por ejemplo, con ocasión de grandes catástrofes como terremotos o graves inundaciones, o a consecuencia de huelgas gene-

rales de la policía, aumenta espectacularmente –mediante actos de pillaje contra la propiedad y de ataques contra las personas– la comisión de actos delictivos por parte de muchas personas que, hasta entonces, nunca habían actuado al margen de la ley penal, lo que encuentra su explicación en que la función de prevención general ha quedado transitoriamente suspendida, porque también ha quedado suspendida, total o parcialmente, la actividad policial encargada de la persecución de delitos, y, con ello, también el miedo a tener que responder por los comportamientos delictivos que se cometen en esas situaciones de emergencia.

Pero los efectos de prevención general del Derecho penal no dependen de la mayor o menor gravedad de las penas, sino de que éstas vayan a aplicarse efectivamente. Y así, y por lo que se refiere a la mayor pena imaginable: la de muerte, las estadísticas demuestran que esta sanción para nada influye en la prevención general. Unos pocos ejemplos entre los numerosísimos: los delitos de violación disminuyeron en Canadá a raíz de la supresión de la pena de muerte prevista para tales hechos; en Inglaterra no aumentó la comisión de aquellos delitos que, en 1957, dejaron de ser castigados con la pena capital; y lo mismo se observó en Yugoslavia a partir de 1950. Los resultados estadísticos de Alemania, Austria, EE UU (en los Estados federados donde se ha abolido la pena de muerte), Finlandia, Noruega y Suecia señalan, asimismo, el nulo influjo preventivo-general de esa máxima pena. Y en relación específica con la prisión perpetua, en Noruega, cuando se suprimió la prisión perpetua, los delitos que hasta entonces estaban castigados con esa pena, no solamente no aumentaron, sino que disminuyeron. Y es que, como sabemos ya desde el gran Cesare Beccaria, el fundador del Derecho penal moderno, con su libro «De los delitos y las penas» (1764), «el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad... La certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surte más efecto que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de su impunidad o de su incumplimiento».

Como ya he señalado, la existencia del CP hace que, por miedo a la pena, ello suponga una inhibición para que la generalidad de las personas no incurra en conductas delictivas que podrían cometer si esa amenaza no existiera. Pero en toda sociedad existen personas que delinquen, a pesar de esa amenaza de sufrir una pena, lo que obedece a que el infractor confía en que no va a ser descubierto ni, con ello, condenado. Esto rige también, y muy especialmente, en los delitos contra la vida, que, por lo general, se ejecutan bajo situaciones emocionales extremas o como consecuencia de acciones en cortocircuito. Pero incluso cuando el asesinato se lleva a cabo fríamente, tampoco el

autor piensa que va a pagar por su delito, como lo pone de manifiesto, para acudir a un ejemplo reciente, el del niño Gabriel Cruz: la asesina confesa, Ana Julia Quezada, mató a su víctima porque ésta suponía un «estorbo» en la relación sentimental que mantenía con el padre del niño, relación sentimental que la autora sólo podía pensar –como pensó– que iba a poder continuar porque confiaba en que no se iba a descubrir su delito y porque, en consecuencia, proseguiría su vida en libertad junto a su novio, por lo que era indiferente para impedir su asesinato que la pena señalada a éste fuera de muchos años de prisión o –tal como sucede con la legislación penal al tiempo de los hechos– la de prisión permanente revisable.

A pesar de todos estos argumentos racionales y razonables, ¿cómo es posible que España, con su despiadada pena de prisión de 40 años de cumplimiento efectivo y con su plazos de revisión de la cadena perpetua de una extensión que no tiene equivalente en los países de la Europa occidental, haya superado, con mucho, la extensión de las penas privativas de libertad que podían aplicarse durante el franquismo, donde éstas, con la pena máxima de reclusión de 30 años y la institución de la redención de penas por el trabajo, nunca excedían –en los casos más extremos– de 20 años de privación real de libertad? Ciertamente que también existía la pena de muerte, pero, con la excepción de las impuestas por los tribunales militares, esa pena, de facto, se había dejado de aplicar a los delitos comunes, ya que la última ejecución por garrote vil se remonta al año 1959 en el que fue ajusticiado José María Jarabo, condenado por un cuádruple asesinato.

Son varios los factores a los que obedece esa transformación de nuestro Código en el más despiadado de la Europa occidental; por citar un último ejemplo, en Alemania la duración media de la prisión perpetua es de 18 años, algo de lo que ahora se separa sideralmente nuestro país con sus, por una parte, 40 años de cumplimiento efectivo de prisión y, por otra, sus plazos de revisión de 25 a 35 años para la perpetua.

El primer factor es la existencia de dos grupos de presión que han conseguido que el legislador incorporara al CP, íntegramente, sus pretensiones punitivas.

Por lo que se refiere a las asociaciones de víctimas del terrorismo, sus demandas fueron acogidas por la Ley Orgánica 7/2003 de reforma del Código Penal, introduciéndose la pena de 40 años de cumplimiento efectivo. El segundo grupo de presión está encabezado por padres de víctimas de 18 o menos años de edad (casos Marta del Castillo, Diana Quer, entre otros) que han conseguido hacerse oír hasta lograr que se introdujera en el CP, en 2015, la pena de prisión perma-

nente revisable para, entre otros, los mismos terribles delitos de los que habían sido objeto sus hijas.

Pero todas esas movilizaciones de esos grupos de presión no habrían sido suficientes para introducir esas extremas reformas penológicas en el CP, si no se hubieran visto espectacularmente reflejadas –y apoyadas– en los medios de comunicación. Para referirme a un solo ejemplo: el caso del niño Gabriel Cruz acaparó todas las noticias, comentarios y tertulias, desde su desaparición, el 27 de febrero del presente año; y, al día siguiente de que se encontrase su cadáver y de que fuera detenida su asesina confesa, en sus ediciones de 12 de marzo, los cuatro periódicos españoles de difusión nacional dieron la noticia a cinco columnas, dos de ellos ocupando todas sus portadas, algo que, como señaló mi amigo Manuel Hidalgo, en otros tiempos sólo habría suscitado semejante atención por parte del semanario *El Caso*. Para comparar este despliegue con el que habría tenido lugar en un país que conozco muy bien, Alemania, porque he vivido en él varios años, la noticia de un asesinato de esas características sólo habría tenido un alarde tipográfico parecido en el amarillista *Bild Zeitung*, habiendo quedado relegado en los periódicos no sensacionalistas –*Frankfurter Allgemeine*, *Süddeutsche Zeitung*, *Die Welt*– a páginas interiores o, como mucho, a una columna en sus portadas.

Pero, con todos mis respetos para esos grupos de presión, de los que yo, tal vez, formaría parte si el destino me hubiera golpeado con una tragedia semejante a la que ellos han padecido, hay que decir que no son los más indicados para dictar las reformas penológicas que deben introducirse en el CP. Porque, como ha señalado, con razón, el antiguo presidente de una de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo alemán, Thomas Fischer, esas personas no son neutrales y si fueran jueces de los asesinos de sus hijas tendrían que abstenerse de formar parte del tribunal por tener un interés directo en la causa.

Cuando por parte de miembros de esas asociaciones se escapa el eslogan: «que se pudran en la cárcel», esa formulación es tan comprensible como incompatible con nuestra Constitución (CE), ya que, por muy horrible que sea el delito que ha cometido, el autor tiene intactos sus derechos a la integridad física y moral y a no ser sometido a penas o tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE), a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), así como, específicamente para los condenados, a que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE).

Además de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (TCA) de 21 de junio de 1977, que obligó al legislador germano a fijar, en los



casos de prisión perpetua, un plazo transcurrido el cual el recluso podía alcanzar la libertad condicional, plazo que, finalmente, se fijó en 15 años, dicha sentencia, así como alguna otra, como la de 8 de noviembre de 2006, han fundamentado, con argumentos constitucionales, la razón del establecimiento de ese plazo, así como el modo en que paliar, en lo posible, los efectos negativos de, en general, las penas largas de privación de libertad. El TCA opera en su motivación, primordialmente, con el derecho inviolable de toda persona –también de los condenados– a su dignidad, así como con las obligaciones que derivan de una nación constituida en un Estado *social* de Derecho. De acuerdo con ello la revisión preceptiva de la prisión perpetua, así como las condiciones de la ejecución de la pena, las deriva el TCA de la obligación del Estado de «contrarrestar» los efectos dañinos de las penas de larga duración, que pueden llevar a modificaciones deformadoras de la personalidad, tanto en el aspecto somático como en el espiritual y psiquiátrico, lo que estaría en contradicción con la inviolabilidad de la dignidad de la persona.

En el mismo sentido se han pronunciado las Recomendaciones (2003) 23 y (2006) 2 del Consejo de Ministros de la Unión Europea en relación a la prisión perpetua y a otras penas de larga duración en el sentido de que el tratamiento penitenciario de esos reclusos debe estar orientado a contrarrestar los efectos negativos y orientado a reinsertarlos con éxito en la sociedad, debiendo «[ajustarse] la vida en prisión lo máximo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior».

Dentro de esta conexión, el TCA pone como ejemplos de cómo «contrarrestar» tales efectos perjudiciales, que a los penados con reclusión perpetua les puedan ser concedidos permisos de salida así como el régimen abierto.

Además de que, de acuerdo con los estudios empíricos sobre la materia, penas inamovibles de 25, 35 o 40 años producen daños irreversibles en el soma y en la psique de los reclusos, para acabar de arreglarlo la práctica penitenciaria española con los responsables de los delitos más graves es la de mantenerlos durante todo el tiempo de su condena en primer grado de clasificación penitenciaria, es decir: en un régimen que durante todos los años de su interminable condena les mantiene en una celda aislada en la que permanecen encerrados, sin salidas al patio, al menos 21 horas diarias, sometidos a cacheos diarios, sin permiso alguno de salida, sin contacto con otros presos y desayunando, comiendo y cenando entre barrotes. En esta situación de régimen cerrado se encuentran, según informa El País de 21 de marzo de 2018, el 88% de los 243 presos de ETA y, de acuerdo con una noticia del mismo periódico de 18 de marzo de este año, desde

hace casi 15 años, Tony Alexander King, el asesino de Sonia Carabantes y de Rocío Wanninkhof, clasificación de régimen cerrado que es el que, lógicamente y en el futuro, también se les aplicará a los condenados a 40 años de prisión efectiva y de prisión permanente revisable. Un encarcelamiento en estas condiciones, que sólo puede tener como consecuencia el aniquilamiento físico y moral del recluso, es impropio de un Estado *social* de Derecho, atenta contra la dignidad humana, el fin resocializador de las penas y la prohibición de tratos inhumanos, y hace todo lo contrario de lo que prescriben las recomendaciones del Consejo de Ministros europeo.

Asumiendo íntegramente las exigencias de las asociaciones de víctimas del terrorismo, el CP exige ahora, para que los etarras condenados a prisión permanente revisable puedan acceder a la libertad condicional, que cumplan con unas condiciones que no puedo por menos que calificar de inasumibles. En primer lugar, que el condenado «haya colaborado activamente con las autoridades... para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas», una exigencia que, incluso éticamente, me parece discutible. Un escritor tan preocupado por problemas morales como Graham Greene, autor del guión de la película *El tercer hombre*, plantea el dilema que se le presenta a Holly Martins (Joseph Cotten) entre prestarse a la captura de su íntimo amigo, y traficante de penicilina adulterada, Harry Lime (Orson Welles) o, renunciado a ello, regresar a América, decidiéndose por la primera alternativa, traición que no le perdona su novia actual, encarnada por Alida Valli, que antes lo había sido de Harry Lime, sin que Graham Greene tome posición sobre cuál de las dos conductas sería la éticamente correcta. De otras exigencias, como las del arrepentimiento del penado o la de pedir sincero perdón a las víctimas, me he ocupado ya, críticamente, en un artículo publicado en *El Mundo* de 24 de abril de 2015, para rechazarlas, porque para un Derecho penal no moralizante lo único decisivo no debe ser que el condenado se convierta en un policía y experimente sentimientos que no está en su mano poder controlar, sino únicamente que tenga un pronóstico favorable de que no va a volver a delinquir, criterio de no-peligrosidad que es, según el TCA, el único que debe decidir si el delincuente debe quedar o no en libertad.

Rechazando –como rechazo– la pena de prisión permanente revisable, y que se ejecuta en España de una manera tan distinta a como se hace en los países de nuestro entorno, no obstante, y naturalmente, yo también comparto la preocupación de que hay que proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos condenados ante la eventualidad de que, una vez en libertad, vuelvan a cometer los mismos delitos; pero

esa peligrosidad no se debe combatir con penas, sino con medidas de seguridad. Como la pena tiene un carácter aflictivo –por eso se cumple en un establecimiento penitenciario–, y se impone para retribuir el mal hecho en el pasado, no se entiende por qué, entre dos violadores, puede liberarse al no-peligroso, mientras que debe seguir en prisión otro que ha cometido el mismo delito, pero en el que concurre un riesgo de reiteración; porque si el primer delincuente no peligroso ha saldado ya su deuda con la sociedad, al cabo de unos determinados años de privación de libertad, por los mismos motivos, y porque el delito ha sido el mismo, debería considerarse que el segundo delincuente ha saldado también esa cuenta. Ciertamente que este último sigue siendo peligroso y que, potencialmente, puede incurrir en futuros delitos; pero ni es responsable de su peligrosidad –porque no la puede evitar: ¡qué más querría él!– ni debe pagar con la permanencia en prisión por delitos que sólo hipotéticamente pudiera cometer, pero que, de hecho, no ha cometido. Esa peligrosidad no debe combatirse prolongando la pena de prisión, que sólo debe imponerse por los hechos pasados: esa peligrosidad se combate, no con la prisión, sino con medidas de seguridad de carácter no aflictivo como las de internamiento en un centro no penitenciario o, en los casos en que ello sea suficiente, con otras de carácter ambulatorio.

Mi rechazo de la prisión permanente revisable se basa en que es inútil desde un punto de vista de prevención general, en que, desde el de la prevención especial, ciertamente que hay que –una vez cumplida su condena– proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos, pero no con la prolongación de la pena de prisión, sino con medidas de seguridad, y, finalmente, en que las penas largas privativas de libertad causan daños irreparables a aquellos a los que se les aplican, vulnerándose, así, derechos fundamentales de los que también son titulares los delincuentes condenados.

Muchas gracias por su atención, especialmente a los que me la han prestado, a pesar de no estar de acuerdo con mis opiniones.

## *Laudatio* Enrique Gimbernat \*

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal Universidad de Alcalá

### I

En esta hermosa noche del incipiente verano madrileño mi maestro, Enrique Gimbernat Ordeig (Sevilla, 1938), me ha designado para pronunciar su *laudatio* con ocasión de haberle sido concedido el prestigioso premio *Scevola*, galardón anual que se reserva para los más prestigiosos juristas. Que mi maestro lo es no nos cabe, a ninguno de los presentes, la menor duda. Su figura álgida se nos presenta como la máxima autoridad del Derecho Penal en nuestro país, como un científico sin parangón y un docente sin par. A su edad, como catedrático emérito, plena de vigor, energía e intensidad, mantiene su brillante enseñanza honoraria en la Universidad Complutense para regalo y satisfacción de sus avanzados alumnos.

Mi vida intelectual dedicada al Derecho Penal, modesta en comparación a la suya, se entrelaza con la de mi querido maestro en muchos aspectos. Todos los momentos que quiero recordar en este satisfactorio instante se refieren a su bonhomía, su carácter amable y generoso y su forma de entender la maestría universitaria. Y a la vez, su magna producción en nuestra ciencia iba complementando nuestros saberes y, siempre, nuestra admiración; libros que consolidaban los conocimientos de cuantos de él dependíamos y necesarios para el Derecho punitivo de nuestro país. En mayor medida, las notas introductorias que dos de sus discípulos escribimos en su Libro-Homenaje

---

\* Pronunciada el día 22 de junio de 2018 en el Club Financiero Génova (Madrid) con ocasión de la entrega del premio *Scevola*.

y, desde luego, la muy extensa, debida a su gran amigo, el Prof. Jorge de Esteban, en el mismo lugar, suplen mi parco discurso en esta hora. Como culminación para el conocimiento más exhaustivo del mismo, la «Autosemblanza», escrita por el propio Gimbernat, publicada en el Anuario de Derecho Penal (2014), en su libro «Comportamiento alternativo conforme a derecho» (2017) y en el más reciente «El Derecho Penal en El Mundo» (2018), donde se recogen otras de ilustres penalistas, nos da la mejor prueba de su valioso itinerario vital, de su valor personal y sencillez en su actuar.

Como este día a él pertenece voy a tratar de dirigirme a Vds. –y en especial a quien homenajeamos– de manera escueta. No debo ni quiero ocupar su tiempo. Mis palabras no pueden recoger toda la veneración y el cariño que por su figura profeso, pero entiendo que servirán para situar, desde la óptica de un discípulo concreto, su magnífico hacer durante tantos años de estudio y dedicación al Derecho Penal.

Conocí a mi maestro en una tarde del verano de 1971 en el Consejo de redacción de Cuadernos para el Diálogo. Sin merecerlo, por mi joven edad y mis escasos méritos, Don Joaquín Ruiz-Giménez me había incorporado a sus importantes colaboradores y eso fue mi fortuna y mi suerte. Antes le debo a Gregorio Peces-Barba el hablarme de Enrique Gimbernat. En la cafetería que se alzaba frente al Juzgado de guardia madrileño de la plaza de las Salesas me planteó mi posible dedicación universitaria, y precisamente en el campo del Derecho Penal, pues habíamos coincidido en algunas defensas en el Tribunal de Orden Público. Le contesté que no veía quien podía acogerme y yo a quien entregarme. No me convencían los catedráticos que ocupaban plaza en Madrid y no veía así que mi futuro se inclinase por este camino. Me dijo: «hay un nuevo profesor agregado en la Complutense, progresista y muy preparado, que te va a convencer y no tiene, de momento, discípulos: se llama Enrique Gimbernat y le puedes conocer en Cuadernos». Sin saberlo, el luego Presidente del Congreso de los Diputados, me abrió las puertas de mi destino. Desde entonces, desde hace cuarenta y siete años, pronuncio el nombre de mi maestro como una oración.

Efectivamente, en la reunión mencionada anteriormente, me acerqué a él y en mi íntimo sentimiento supe que sería el mentor de la vocación de mi vida. Sentí, ya lo he dicho en anterior ocasión, un auténtico flechazo intelectual y me quedé, desde ese instante, en su compañía científica. Cuando tuvo lugar la charla posterior acordada, el maestro me comentó que debía hacer el examen de licenciatura, que no tenía, pues me había colegiado de inmediato al finalizar mi

licenciatura y no era precisa tal prueba, excepto para acceder al doctorado y a la posterior docencia. Pero también me indagó acerca de mi voluntad al respecto, sobre si estaba dispuesto a ir a Alemania a estudiar, como él lo había hecho y la mayoría de los penalistas españoles, y a profundizar en los piélagos de la teoría del delito. Le respondí que había estudiado un año discontinuo en Roma, cuando cerraron la Universidad, y varios meses después, cuando me suspendieron en la abogacía, y allí, siendo lector de español, iba a la Facultad de Derecho a escuchar a Delitala y que mi interés se centraba en la teoría de la pena, la de muerte y la privativa de libertad. Fue entonces cuando Enrique Gimbernat pronunció unas palabras mágicas, que fueron mi permanente acicate y su aliento: «de eso no hay cátedras, pero si a ello te dedicas tienes que ser el mejor. Siempre contarás conmigo». Nunca faltó a su palabra. Mis cursos de doctorado, mi tesis doctoral y mis oposiciones a la adjuntía y la cátedra de nuestra asignatura llevaron su impronta. Muchas veces he pensado, cuando uno se queda en soledad y, a la manera de Machado, habla con el hombre que siempre va consigo, que nada hubiera sido sin él, sin su constante apoyo, sin su entrañable amistad.

## II

No disfruté de mi maestro como profesor en los cursos de licenciatura en la Complutense. Pero mi promoción, mejor dicho, mi grupo (de la G a la M), tuvo la dicha de ser alumno de Don Antonio Quintano Ripollés, maestro del que luego fuera el mío. Enrique Gimbernat no nos dio clases pues estaba por entonces en Hamburgo, estudiando con Henkel, y preparando su tesis doctoral alemana (1963), luego reelaborada en España (1965), sobre los delitos cualificados por el resultado y la relación de causalidad. Tampoco pude conocerle cuando Quintano leyó su magnífico discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación titulado «El Derecho, valor de cultura». No sabía, ni podía intuir, que compartiendo la misma sala se encontraba el hacedor de mi futura y querida dedicación.

Pero si personalmente no conocía a Gimbernat, sí había leído su temprana obra, tanto la citada cuanto «Autor y cómplice», ambas editadas en 1966. Me habían servido para algunas de mis defensas ante el TOP y recursos de casación en el Tribunal Supremo y empecé a aprender lo que eran unas investigaciones rotundas, serías y aleccionadoras. De ambas monografías hizo causa nuestra mejor doctrina y sagaz jurisprudencia: la teoría de la imputación objetiva –lo ha

dicho Rudolphi– y la de los bienes escasos en la participación criminal de las dos, respectivamente, parten. De hecho, es el máximo exponente de la primera de las teorías mencionadas, determinante para la ciencia penal actual.

Mis conocimientos de la que luego sería mi asignatura no eran muy extensos. Los «Cursos» de Quintano y los manuales de Cuello Calón, Puig Peña y Rodríguez Devesa llenaban mi espacio intelectual en la materia. Gimbernat me obligó a leer y a aprender. Me regaló los «Comentarios» del gran Pacheco, pues los tenía repetidos al haberse los entregado a él su maestro, que despertaron en mí el amor por el antecedente que, desde entonces, me ha acompañado. Cuando realicé los cursos de doctorado, siguieron las lecturas de algunas de las monografías más importantes de la ciencia penal española, como el Tratado de Jiménez de Asúa, que había comprado en el Congreso de la Abogacía de León, pero no había tocado, y el resto de todas las ejemplares, desconocidas hasta ese momento para mí, así como de los tratados alemanes traducidos. Los italianos también me los iba agenciando. Completando mi incipiente formación, profundicé en toda su obra publicada, indispensable para conocer su pensamiento. Para complementar mis estudios, me hizo suscribirme al Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, la revista de la especialidad más importante en lengua hispana, de la que luego, desde 1983, fue su director. Y, como a todos sus allegados, me indicó que debería asistir a todas las lecturas de tesis y concursos de cátedra, de mi asignatura o de cualquier otra de interés, para ver, escuchar y tomar nota. En verdad que lo hice. Vi todas las oposiciones de los compañeros que me antecedieron en el escalafón, la de Constitucional de su amigo imperecedero Jorge de Esteban o la de Filosofía del Derecho de Elías Díaz, en la que el presidente, con extrema sinvergonzonería, suspendió la sesión para fingir tomar café, no volviendo a convocar pues la votación era favorable al gran jurista.

Enseñaba mi maestro con la misma claridad que Quintano. De mi profesor de licenciatura, fiscal de carrera, catedrático y magistrado del Supremo, mi promoción debe recordar su palabra serena y profundo saber. La muerte le llegó cuando más le necesitábamos por su forma de explicar una de las asignaturas más trascendentes de la carrera. Sentado en la mesa, desgranaba la disciplina con amor y recogimiento. Seguía sus manuales de Parte General y Parte Especial y un pequeño Código Penal, primorosamente editado, que todavía conservo y que nos dejaba utilizar en clase y en los exámenes. Después, Gimbernat hacía lo mismo con sus alumnos. No le gusta al maestro que se haga comparación alguna con el suyo y no lo haré. Solo constato su dife-

rente manera de enseñar. Mi maestro nunca se sentaba en sus explicaciones. Paseaba el estrado y suscitaba el supremo interés de los estudiantes introduciendo preguntas y dialogando con los mismos, poniendo ejemplos que debían responder con independencia del acierto expresado. Practicaba esa misión orteguiana de la Universidad: enseñaba a pensar.

Desde el primer momento, cuando era profesor ayudante, acudí a sus clases. Me dejaba acomodarme en la mesa del profesor y allí, sobre todas las cosas, escuchaba y seguía, más que con claro aprovechamiento, con auténtica devoción sus explicaciones. Lo hice en Madrid, Salamanca y Alcalá, es decir en nuestro largo itinerario docente y discipular. De él tomé la honestidad intelectual («no se cita más que lo que ha visto previamente»; «si se plagia a español vivo que no se hará con alemán muerto») y sus muletillas introductorias a los temas: «por lo que alcanzo a ver» (refiriéndose a la postura jurisprudencial), «ahora dejadme que voy a preparar la clase», con la auto exigencia que más parecía la modestia de un principiante o tomando nota de cómo se confeccionaba una tesis doctoral, frase que le espetó a su anonadado discípulo Antonio Cuerda: «se lee todo, se ficha y se pone uno a escribir». En cuanto a la forma de confeccionar una tradicional memoria académica, cuyo contenido era entonces el concepto y el método de la asignatura, la suya fue el permanente ejemplo. Publicada en 1998 (Tecnos) no hay texto más redondo y completo.

No he tenido otra fórmula con mi maestro más que conocerle y quererle. Son las palabras que indiqué, paseando por la Alameda de Sigüenza en un lejano curso de verano, a la entonces alumna de Alcalá, luego catedrática de la Complutense, Margarita Martínez Escamilla, cuando deseaba incorporarse al elenco de discípulos de Gimbernat. No pude darle mejor consejo pues en él creía firmemente. Las dos palabras resumen como ninguna el deber de un discípulo respecto a tan excepcional maestro.

En 1974 se colegió en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Nunca esta actividad, que ejerció con su honradez y rigor proverbial, distrajo su tarea científica. Ahora su hija Eva se dedica a ella con verdadera pasión. De hecho, la abogacía siempre fue una tarea honorable pero subsidiaria para mi maestro. Su obra intelectual no decayó por el ejercicio profesional. Me acuerdo al respecto, cuando era muy joven, como en mi casa madrileña mi querida madre me contaba que Severo Ochoa reprochaba a su maestro, Don Juan Negrín, amigos y contertulios de mi abuelo, su vocación política, relegando por tal motivo su cátedra de histología. Nunca fue el caso de Gimbernat.



Siguió publicando, dando clases y sembrando nuestra ciencia penal de la mejor doctrina que pudiera darse.

Una de las características de Enrique Gimbernat era la benignidad con los alumnos. En la duda, siempre tiraba hacia arriba sus calificaciones. De él aprendí esta conducta cercana, que infundía confianza en los discentes. Ello no era obstáculo para tener las aulas llenas. El estudiante acudía a sus lecciones no por el mero hecho de aprobar sino por comprender que la ocasión de escuchar a un penalista excepcional era única y la suerte se lo estaba brindando. Otro aspecto de su magistral docencia es la claridad. Hablaba en las clases como escribía. Inteligible y pensando muy bien a quien se dirigía, desarrollando los temas con una lógica apabullante, comenzando por la introducción al asunto, desmenuzando el núcleo de la cuestión y, en fin, presentando el resumen final. Todo ajustado a los tres cuartos de hora académicos. Ha tenido millares de alumnos. Pues bien, he sido testigo muchas veces de cómo sus ex-alumnos, muchos de ellos hoy grandes abogados o destacados personajes de la vida pública, le recuerdan con sincero cariño y total agradecimiento por su plena dedicación a los mismos, cuando eran estudiantes, y docencia sin igual.

En las tres Universidades donde acompañé a mi maestro, después de las clases bajábamos o salíamos, invariablemente, a tomar café. En Madrid y Alcalá al bar de la Facultad. En Salamanca, en la calle adjunta al centro docente. Y después volvíamos a nuestras tareas. También íbamos mucho al cine, una de sus grandes aficiones. Acompañé a Gimbernat a Salamanca cuando obtuvo la cátedra de la ciudad del Tormes. Entre Barcelona y la capital castellana ésta fue la que eligió. Le hubiera seguido a cualquier parte. Mi mayor satisfacción era estar a su lado continuando con mi aprendizaje y prolongando nuestra amistad. Dos veces en Salamanca el destino se cruzó conmigo y en las dos ocasiones mi maestro fue determinante en las decisiones que marcaron mi vida. Cuando me ofrecieron la redacción de lo que luego sería la Ley Orgánica General Penitenciaria y, escaso tiempo después, la Dirección General del ramo. No lo dudó Gimbernat y dos breves conversaciones cerraron positivamente el tema. Como bien me conocía, me animó, con palabras generosas y esperanzadoras, a aceptar los dos encargos, especialmente el segundo. Luego lo contó, con enorme cariño y satisfacción, con desproporción a mis méritos, en el Prólogo de uno de mis libros. Mi única tristeza fue abandonar su compañía salmantina. Tiempo después, nos volvimos a reencontrar en Alcalá.

Fue su limpio y firme apoyo el que inclinó definitivamente mi aceptación del cargo. Fue mi esperanza más firme el que él se sintiera orgulloso de su discípulo en trance tan decisivo. Su fe en mí inclinó

una balanza ya muy escorada. Pero necesitaba su criterio. No era la primera vez que me hacía entrega de su depósito de confianza. Firme con él, en el lugar secundario que me correspondía, su «Código de las Leyes Penales» (BOE, 1977) y, de inmediato, reparó en que la Parte Especial de Quintano, la más definitiva publicada nunca en España, se había agotado. Gimbernat puso al día los tomos I (en dos volúmenes) y el IV y me ofreció hacerlo con los tomos II y III. Acometí el mandato con responsabilidad y dedicación. Nunca alcanzaron su nivel, pero se mantuvieron, pienso, en una razonable dignidad.

### III

Otras facetas del Prof. Gimbernat no pueden dejar de mencionarse. Prelegislador preclaro, puso su sabia huella, como miembro de las correspondientes Comisiones de reforma, en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, así como en las modificaciones y actualizaciones de 1983, esencialmente dedicadas a la Parte General del texto punitivo, y de 1989, referida esta última más a la Parte Especial. El ordenamiento vigente contiene muchas de esas ideas, discutidas en el seno de las reuniones e incorporadas, por vez primera, a nuestra norma. Son tales, entre otras, la regulación de la posición de garante, la del error, la transformación del delito frustrado o la redacción del precepto relativo al delito continuado. Los artículos que tipifican las lesiones o las agresiones sexuales a su genio se deben. Después, todas las otras iniciativas legales al respecto, algunas de las cuales desembocaron en el texto punitivo de 1995, en sus Prólogos a sus múltiples ediciones del Código Penal de Tecnos, en colaboración con mi querido discípulo, el Prof. Esteban Mestre (24.<sup>a</sup> ed., 2017), siempre han encontrado su justa réplica y atinada crítica. La hiperinflación que, a día de hoy, sufre nuestra legislación penal sustantiva y su lenguaje, más propio en ocasiones de un Reglamento, han recibido, en muchas ocasiones, el rechazo razonable y doloroso de mi maestro. Así no se legisla, viene a decir, vulnerando lo más diáfano de nuestra historia y nuestra más atinada dogmática; y con razón.

La dedicación de mi maestro a la divulgación de la ciencia penal ocupa también un lugar destacado en su haber intelectual. Sus artículos en prensa, en el diario «El Mundo», son un ejemplo y una guía de cómo ha de entenderse el suceso penal reciente, dando su atinada solución al problema. Su lenguaje accesible y técnico a la vez facilita, *erga omnes*, el acceso a su contenido. Los operadores jurídicos tienen

presente de continuo sus valiosas opiniones, fundadas siempre en el Derecho y, lo que es más importante, en el sentido común. Modelo de estas aportaciones, entre tantas, me atrevo a indicar las recientes sobre el caso de la sustracción de sus hijos por la Sra. Rivas («Juana no está en mi casa»), acerca de los delitos cometidos por los dirigentes independentistas catalanes y la lección proporcionada al Tribunal Regional Superior de Justicia de Schleswig-Holstein en el asunto del rebelde –como tipo penal y no porque el mundo le hizo así– y malversador ex-President Carles Puigdemont y acerca de la sentencia «La Manada», concluyendo, con el mejor sentido interpretativo, en que la calificación debería haber sido de violación. La recopilación de los mismos por la editorial Aranzadi, aparecida esta misma semana, es la mejor noticia que podía darse. Los trabajos, por dispersos, se pierden o se coleccionan mal. La edición conjunta de los mismos, bajo el título significativo, con doble sentido, ya citado, «El Derecho Penal en El Mundo» (Aranzadi, 2018), como ya efectuó en 2009 (La Ley), allana el camino para su permanente consulta y útil manejo.

El respeto que ostenta mi maestro entre la ciencia penal, nacional y extranjera, no creo que tenga comparación con algún otro. Es la máxima autoridad científica de nuestra especialidad en España, seguido por muchos y admirado por todos. Es doctor *honoris causa* por multitud de Universidades y, entre ellas, la más importante, por la de Múnich (1999). Nunca pone sus títulos en su tarjeta de visita ni en la firma de sus artículos españoles. Es un hombre sencillo que carece de vanidad. Por eso es, además, tan grande.

Una de las mayores satisfacciones de su vida académica fue el Libro-Homenaje que sus discípulos coordinamos con motivo de su jubilación. 101 colegas y compañeros, de diversas nacionalidades, todos amigos, escribimos en los dos tomos que vieron la luz el día de su cumpleaños, cuidadosamente editados por Edisofer (2008). No ha habido en nuestra disciplina nunca un texto igual, de presentación y contenido, de forma y de fondo. Fue como si los máximos representantes del Derecho Penal hicieran un gran y merecido esfuerzo personal por ofrecer a Gimbernat lo mejor y más destacado de su momento intelectual. El éxito se aseguró así y, lo más importante, llenó de alegría al maestro por ser destinatario de una obra única en nuestro panorama científico. Ahora, en esta misma línea de reconocimiento, el gran Roxin le acaba de dedicar un artículo-homenaje en la *Goltdammer* (mayo, 2018) al cumplir los ochenta años.

Es Enrique Gimbernat fiel a su familia y leal con sus amigos. El amor a sus padres, pronto desaparecidos, se refleja en la dedicatoria de su primer libro, donde habla del infinito cariño que le profesaban,

ese libro que, según decía a Jorge de Esteban, trazaba una encrucijada pues podía ser el primero o el último que escribiera. Y era también fácil detectarlo cuando me decía que una de sus obras de teatro preferida es «La muerte de un viajante» de Arthur Miller, pues le recordaba la ocupación de representante de su padre. El amor a sus hijos alemanes, como les denomina, Marta y Antonio, que la primera ya le ha dado una bisnieta, es otra de las energías vitales del maestro. La amistad es también característica esencial del mismo. Vive las circunstancias personales de sus discípulos y sus avatares profesionales con una preocupación extrema, como tuyas. Siente sus actuales lazos familiares con un supremo cariño y un obligado deber. Este reconocimiento es también para Nieves, Eva y Helena. El equilibrio y la serenidad de mi maestro de vosotras proceden y en vosotras se asienta.

¡Enhorabuena maestro!



## CRÓNICAS EXTRANJERAS

### El ascenso jurídico de la penitenciaría. La privación de la libertad en los comienzos de la codificación penal argentina (1865-1921) (1)

LUIS GONZÁLEZ ALVO

CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas)  
INIHLEP-UNT (Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto-Universidad Nacional de Tucumán)

#### RESUMEN

*La República Argentina sancionó su código de comercio en 1862 y su código civil en 1869. El código penal, sin embargo, no se concretó sino hasta la década de 1880, cuando el proyecto que trataba el Congreso ya había sido adoptado provisoriamente por once de las catorce provincias que componían el país. Así las cosas, aquel primer momento codificador no implicó, como podría imaginarse, la imposición de un sistema normativo desde el centro sino la convalidación del orden adoptado en las provincias. En aquel orden la privación de la libertad no ocupaba un lugar central sino periférico dentro de un repertorio penal relativamente variado. Para los estudios sobre la reforma penitenciaria argentina, resulta fundamental conocer cómo se llevó a cabo el ascenso jurídico de la privación de la libertad dentro del sistema penal. En este artículo se abordarán las discusiones que tuvieron lugar entre la presentación del primer proyecto de código en 1865 y la sanción del segundo código penal en 1921.*

Palabras clave: cárceles; codificación; reforma penitenciaria; código penal; Argentina.

---

(1) En el presente artículo se emplea parte de dos capítulos que componen mi tesis doctoral inédita, titulada *El tiempo de la prisión. La reforma penitenciaria en Córdoba, Santa Fe y Tucumán (1853-1946)*, realizada en el marco de una Beca Doctoral de CONICET (2014-2019).

## ABSTRACT

*The history of Argentine codification begins with the sanction of the code of commerce in 1862 and the civil code in 1869. The penal code, however, did not materialize until the 1880s, when the project dealt with by Congress had already been provisionally adopted by eleven of the fourteen provinces. That first codifying moment did not imply, as could be imagined, the imposition of a normative system from the center but the validation of the order adopted in the provinces. In that order the deprivation of liberty did not occupy a central place but peripheral within a relatively varied criminal repertoire. For the studies on the Argentine penitentiary reform, it is fundamental to know how was carried out the legal ascent of the deprivation of liberty within the penal system. This article will analyze the discussions that took place between the presentation of the first code project in 1865 and the sanction of the second penal code in 1921.*

Key words: *prisons; codification; prison reform; penal Code; Argentina*

SUMARIO: I. Introducción.–II. De las provincias a la nación. El primer momento codificador (1865-1886). 1. El elenco penal del proyecto de Tejedor. 2. Sanción y puesta en vigor del primer Código Penal.–III. De la crítica a la reforma. El segundo momento codificador (1890-1921). 1. El repertorio de penas de los proyectos de 1891 y 1895. 2. La privación de la libertad en la reforma integral del código.–IV. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

En la década de 1860, el Congreso argentino sancionó los dos primeros códigos de alcance nacional: el de comercio fue sancionado en 1862 y el civil en 1869 (2). En materia penal –a pesar de que el borrador de la parte general fue presentado en 1865 y el de la parte especial en 1867– el código no fue sancionado sino hasta 1886, cuando ya había sido adoptado provisoriamente por once de las catorce provincias que componían el país (3). Así las cosas, aquel

(2) Para un análisis general del proceso codificador argentino puede verse: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (2008 [1977]), *La Codificación en la Argentina, 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Editorial Perrot.

(3) Sobre la adopción provincial del proyecto de Tejedor puede verse NILVE, Moisés (1945), «La vigencia del proyecto Tejedor como código penal de las pro-

primer momento codificador no implicó, como podría imaginarse, la imposición de un sistema normativo desde el centro sino, por el contrario, la convalidación de un orden que la mayoría de las provincias ya habían adoptado (4). Orden en el cual la privación de la libertad no aparecía como pena central sino como una más dentro de un repertorio relativamente variado, proveniente de la inveterada tradición jurídica local (5). En el foro nacional, inmediatamente después de su puesta en vigor, el código fue duramente criticado y dio lugar a una suerte de segundo momento codificador, en el que se realizaron importantes modificaciones al texto hasta llegar a su reforma total en 1921.

Para los estudios sobre el nacimiento de la penitenciaría en la Argentina, resulta fundamental conocer cómo se llevó a cabo el ascenso jurídico de la privación de la libertad dentro del sistema penal. Es decir, conocer cómo alcanzó su imposición –al menos en el plano normativo– por sobre otras formas de castigo, aún cuando su efectiva aplicación constituya otro tema de investigación. En este artículo se abordarán las discusiones acerca de las penas privativas de la libertad que tuvieron lugar durante los dos momentos codificadores mencionados y que culminaron con la sanción del código penal que rige hasta la actualidad.

---

vincias Argentinas», en *Revista Penal y Penitenciaria*, pp. 35-48 y GARCÍA BASALO, J. Carlos (1998), «La codificación penal provincial argentina (1876-1886)», en *Revista de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene*, n. 34, pp. 125-223. Para análisis generales de la historia del derecho penal argentino puede verse LAPLAZA, Francisco (1978), «El proceso histórico de la codificación penal argentina», en *Revista de Historia del Derecho «Ricardo Levene»*, n.º 21, pp. 59-92; LEVAGGI, Abelardo (1978), *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Perrot; LEVAGGI, Abelardo (2012), *El derecho Penal Argentino en la Historia*, Buenos Aires, Eudeba.

(4) AGÜERO, Alejandro y ROSSO, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law in Argentina: Provincial and National Codification in the Genesis of the First Penal Code» en MASFERRER, Aniceto (Editor), *The Western Codification of Criminal Law: The Myth of its Predominant French Influence Revisited*, Springer, Dordrecht, p. 314. Las excepciones fueron las provincias de Córdoba (que adoptó otro proyecto, elaborado por un comisión del Congreso en 1881), Santiago del Estero y Jujuy (que siguieron empleando sus reglamentos de justicia). GARCÍA BASALO, J. Carlos (1998), «La codificación penal provincial argentina (1876-1886)», en *Revista de Historia del Derecho Dr. Ricardo Levene*, n.º 34, Buenos Aires, pp. 125-223.

(5) Sobre las continuidades en el orden jurídico argentino puede verse AGÜERO, Alejandro (2010), «Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX», en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea]. Disponible en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/59352>.



## II. DE LAS PROVINCIAS A LA NACIÓN. EL PRIMER MOMENTO CODIFICADOR (1865-1886) (6)

Las lecciones de Derecho penal de Carlos Tejedor, primer profesor a cargo de la cátedra que llevó ese nombre en la Universidad de Buenos Aires, se convirtieron en escritos fundacionales del Derecho penal argentino (7). Publicadas en 1860 bajo el título de *Curso de derecho criminal*, fueron la base del proyecto de código publicado entre 1865 y 1867. El *Curso* se dividía en dos partes, la primera trataba las leyes de fondo, una suerte de «código», y la segunda versaba sobre el procedimiento penal (8). En lo que respecta al elenco penal de la primera parte, Tejedor dividió las penas en tres grandes clases: corporales o aflictivas, pecuniarias e infamantes (9). Dado

---

(6) Aunque no prosperaron, deben mencionarse los primeros intentos codificadores a nivel nacional que fueron realizados por Justo José de Urquiza. Al respecto, J. Carlos García Basalo realizó un estudio que permanece inédito hasta la fecha, titulado «El plan codificador preconstitucional de Urquiza». Un análisis más reciente, focalizado en Buenos Aires, también se detiene en la figura de Urquiza: YANGILEVICH, Melina (2009), «Leyes antiguas para un estado moderno. Prácticas jurídicas en la provincia de Buenos Aires durante el período de la codificación», en BARRIERA, Darío (Compilador), *Justicia y Fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. Siglos XVI-XIX*, Ediciones de la Universidad de Murcia, pp. 205-223.

(7) Carlos Tejedor estuvo al frente de la cátedra desde su creación en 1856 hasta 1858, cuando dejó el cargo en manos de Ángel Navarro quien permanecería hasta su regreso en 1861. En esta segunda etapa Tejedor permaneció en el cargo hasta 1864, cuando fue reemplazado por Miguel Esteves Saguí. COLOMBO, Rafael (2008), «Liberalismo penal y poder de castigar en Argentina: exceso y restricción en las voces expertas de la Universidad de Buenos Aires durante el siglo XIX», ponencia presentada en las *V Jornadas de Sociología de la UNLP*, La Plata.

(8) En la efímera Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de Tucumán (1875-1882), Ángel M. Gordillo, catedrático de derecho penal y mercantil y rector entre 1877 y 1881, había diseñado el programa de su materia basándose exclusivamente en el *Curso de Tejedor*. No obstante, sólo incluía la segunda parte de la obra de Tejedor, referida al procedimiento penal. PÁEZ DE LA TORRE, Carlos (1974), «Los cursos libres de Derecho y la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas de Tucumán (1872-1881)», en *Revista de Historia del Derecho*, n. 2, pp. 85-116. Sobre la historia de la codificación del procedimiento penal puede verse: LEVAGGI, Abelardo (1983), «La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX», en *Revista de Historia del Derecho*, n.º 11, pp. 121-200.

(9) En lo que respecta a las penas pecuniarias, Tejedor desarrolló principalmente la multa, mientras que respecto a las infamantes se limitó a indicar que no deberían existir, puesto que «la conciencia pública condena y juzga la inmoralidad de las acciones mejor que la justicia penal». TEJEDOR, Carlos (1871 [1860]), *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Librería de Cl. M. Joly, p. 90.

que las penas debían ser *ejemplares, reformadoras e instructivas*, se exployó fundamentalmente sobre las penas corporales a las que definió como aquellas que *causan dolor, aflicción, molestia o incomodidad* al cuerpo. La diferencia entre castigos corporales y el aflictivos, según Tejedor, consistía en que unos «más hieren al cuerpo» mientras que la aflicción tenía «por objeto la libertad». La pena de muerte, «la primera y más terrible de las corporales», podía ser «remedio de una sociedad enferma» y que sería una «locura» su abolición, mientras las cárceles argentinas permanecieran en el estado en que entonces se hallaban (10). En su opinión, el país no estaba preparado para prescindir de la pena capital y, menos aún, basar su sistema penal en la privación de la libertad, considerando las cárceles con las que contaba (11).

Las siguientes penas corporales descritas en el *Curso* fueron las de destierro y la de presidio, a la que definió como una prisión acompañada de trabajos forzosos, a la que solía agregarse —«como mortificación anexa»— las cadenas o los grilletes. En segundo término explicó brevemente la «simple prisión», pena ignorada por las «leyes antiguas» —pero que se había convertido entonces en una de las más usadas en Europa y Estados Unidos— y el servicio de las armas, la pena «más frecuente entre nosotros» por ser el castigo a los delitos más comunes: *vagancia, ebriedad y juego* (12). A la hora de hablar de la ejecución de las penas Tejedor se detuvo especialmente en la pena de muerte, porque las demás, alegó, «no tienen particularidad»: el presidio no era más que una prisión con trabajos públicos y la prisión simple se cumplía en «la cárcel misma estando prohibido destinar los reos a otros lugares» (13). En pocas palabras, en el *Curso*, la privación de la libertad estaba muy lejos de constituir el centro del sistema penal.

---

(10) TEJEDOR, Carlos (1871 [1860]), *Curso de derecho criminal... op. cit.* pp. 80-82.

(11) LEVAGGI, Abelardo (2002), *Las cárceles argentinas de antaño (siglos XVIII y XIX)*. Teoría y realidad, Buenos Aires, Ad-Hoc.

(12) Sobre la aplicación de la «simple prisión» señaló que, cuando iba acompañada de trabajo, era un castigo que presentaba «muchas ventajas». Se trataba efectivamente del «sistema penitenciario», «creado no hace cincuenta años en Estados Unidos, y nuevo todavía en Europa. El fin de este sistema no es propiamente regenerar al culpable, sino impedir las reincidencias, imponiéndole hábitos de orden, e ilustrándole sobre sus verdaderos intereses. Los medios empleados son el trabajo en primer lugar, y en caso necesario el aislamiento». TEJEDOR, Carlos (1871 [1860]), *Curso de derecho criminal... op. cit.* pp. 85-86.

(13) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional*, Buenos Aires, p. 99.

## 1. El elenco penal del proyecto de Tejedor

En 1864 el presidente Mitre encargó a Tejedor la redacción de un proyecto de código penal para la República. Al cabo de un año, tomando como base su *Curso*, Tejedor presentó un primer volumen – la Parte General del proyecto– en el que justificó la permanencia de la pena de muerte basado en la suposición de que el «sistema penitenciario» no era «aún en el mundo un ensayo bastante acreditado para librarle exclusivamente la abolición o disminución de la pena de muerte, y mucho menos entre nosotros, que tenemos que estudiar la institución, y crear los establecimientos» (14). En consonancia con la clasificación de penas de su *Curso*, el proyecto contemplaba tres tipos de penas: corporales o aflictivas (muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, destierro y confinamiento), privativas del honor y humillantes (inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión) y pecuniarias (multa, caución, comiso, costos y gastos) (15). En total, diecinueve subtipos de pena; veinte si se considera el servicio de las armas, pena conmutable con la de prisión. Un repertorio tan amplio y variado como alejado de la simplificación que la codificación, en teoría, debía realizar. Asimismo, en el fundamento teórico del proyecto de Tejedor prevaleció una teoría penal más cercana a la Ilustración tardía que a la teoría del código penal de Feuerbach (16). El proyecto concebía a la sociedad como «un conjunto de seres racionales con libre albedrío, sobre valores éticos absolutos, sobre una moral preexistente y su consecuencia teórica en el concepto de la educación, expresada en teorías de prevención especial» (17). La parte general del proyecto mostró mayor influencia del código bávaro de 1813, mientras que, en la parte

---

(14) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal... op. cit.*, p. III.

(15) El destierro debería cumplirse fuera del país mientras que el confinamiento consistiría en mantener al condenado a una distancia mínima de cincuenta leguas de donde había cometido el delito.

(16) Sobre el concepto ilustrado de código, puede verse CLAVERO, Bartolomé (1979), «La idea de código en la Ilustración jurídica», en *Historia, instituciones, documentos*, n.º 6, pp. 49-88.

(17) Las discusiones jurídicas argentinas inmediatamente posteriores a la aprobación del código demostraron que, mientras que el código padecía un considerable atraso relativo con el debate penal internacional, el debate local había experimentado una transición inmediata del fundamento teórico del absolutismo ilustrado tardío a los modelos intervencionistas liberales. DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J. A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921», en *Revista de historia del derecho*, n. 27, pp. 125-152.

especial, predominaron las normas del código peruano de 1863 (18). Respecto al empleo del servicio de armas como pena, no se encuentra medida similar en el código bávaro o el peruano, sino en el español de 1848 (19). Según el artículo 107.º de dicho código, los sentenciados a confinamiento –equivalente al confinamiento del proyecto de Tejedor, eliminado del código sancionado en 1886– podrían ser destinados por el Gobierno al servicio militar si «fueran solteros» y «no tuvieran medios con que subsistir», redacción idéntica a la incluida en el proyecto de Tejedor para la conmutación de las penas de prisión (20).

En lo que respecta a las penas corporales o aflictivas, Tejedor realizó una síntesis y suavización de las penas del código bávaro que distinguía entre penas capitales y privativas de la libertad (21). Entre las primeras se contaba la muerte y la cadena perpetua, también incluida en los códigos español de 1848 y peruano de 1863. Tejedor limitó la pena de muerte al homicidio, eliminó la cadena perpetua –*kettenstrafe*– y suavizó las cuatro penas privativas de la libertad del

---

(18) El primer código penal peruano fue calificado como «serio, elevado y de técnica perfecta» por Víctor M. Maúrtua, autor del código de 1924 que lo reemplazó. IÑESTA PASTOR, Emilia (2005), «La reforma penal del Perú independiente: el Código Penal de 1863» en TORRES AGUILAR, Manuel (Editor), Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Córdoba, Universidad de Córdoba, pp. 1073-1098. Para un análisis comparativo de ambos códigos puede verse: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1966), «Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924», en *Themis. Revista de Derecho*, año 2 n. 3, pp. 5-12.

(19) Respecto a la relación entre los códigos penales españoles y la codificación latinoamericana, puede verse: RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel y ZAFFARONI, Eugenio (1980), *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, EDEVAL. Sobre la relación con el código español de 1848, puede verse: IÑESTA PASTOR, Emilia (2003), «La proyección hispanoamericana del Código Español de 1848» en *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho indiano*, Puerto Rico, pp. 493-523.

(20) Al respecto puede verse CORVA, María Angélica (2016), «La facultad de perdonar: conmutación de penas y división de poderes», *Temas de Historia Argentina y Americana*, n.º 24.

(21) El código bávaro de 1813 estipulaba los siguientes tipos de pena: I. *Todesstrafe* (Pena de muerte); II. *Kettenstrafe* (Pena de encadenamiento. Por la perpetuidad que la caracterizaba suele ser traducida como cadena perpetua); III. *Zuchthaus* (Casa de trabajos forzados); IV. *Strafarbeitshaus* (Casa de trabajo penal); V. *Festungsstrafe* (Pena de confinamiento en una fortaleza); VI. *Ehren und demüthig ende Strafen* (Penas contra el honor e infamante); VII. *Körperliche Züchtigung* (Castigos corporales); VIII. *Gefängnis oder Festungs arrest* (Prisión o arresto en confinamiento); IX. *Vermögensstrafen* (Penas patrimonial). Debo agradecer a Agustín Casagrande por sus sugerencias para la traducción del alemán. Thomas Duve afirma que Tejedor no se basó directamente en la ley alemana sino que empleó la traducción francesa por Charles Vattel de 1852. DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.* p. 126.

código alemán. La *zuchthaus*, casa de trabajos forzados, que podía aplicarse de ocho a veinte años, fue denominada presidio por Tejedor; la *strafarbeitshaus*, casa de trabajo penal, aplicable de uno a ocho años, fue denominada penitenciaría y la *Gefängnis oder Festungs arrest*, prisión o arresto en confinamiento, fue dividida en dos tipos de penas: prisión y arresto.

En el proyecto, la pena de presidio consistía en realizar trabajos públicamente, en beneficio del Estado, llevando una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado. Los trabajos debían ser «duros y penosos», tales como construcciones de canales, obras de fortificación o caminos (22). La condena podía aplicarse durante un tiempo determinado o indeterminado pero, en cualquier caso, no podía ser menor a seis ni mayor de quince años. La pena podía agravarse colocando más cadenas, disminuyendo los alimentos o con reclusión solitaria durante un mes en cada aniversario del crimen. Las mujeres que fueran sentenciadas a presidio, los hombres débiles o enfermos, los menores de veinte o mayores de sesenta sufrirían la pena en penitenciarías. La pena de penitenciaría, al igual que la de presidio, podía ser por tiempo determinado o indeterminado, entre seis y quince años. Los sentenciados a esa pena debían cumplirla en penitenciarías –donde las hubiese– o en establecimientos distintos de los presidios, sujetos a trabajos forzosos sin cadenas, exceptuando el caso de temerse la evasión. A diferencia de la pena de presidio, el producto del trabajo se destinaría, en primer lugar, a cubrir los gastos del penado en el establecimiento, luego a satisfacer la responsabilidad civil y por último a formar un ahorro que se le entregaría al penado al cumplir su condena. La pena podía agravarse con disminución de alimentos, reclusión solitaria de día y de noche por un tiempo que no pasara de treinta días en el aniversario del crimen. Tanto la pena de penitenciaría, como la de presidio, incluían la posibilidad de solicitar gracia cuando se hubiese cumplido la mitad del tiempo de condena, uno de los puntos que criticará el jurista Rodolfo Rivarola del código de 1887 (23).

La pena de prisión «se sufriría» en cárceles que no fueran presidios ni penitenciarías entre uno y tres años. Era, tal como en el código español de 1848, conmutable en servicio de las armas por el mismo tiempo, si los condenados fuesen solteros, y no tuviesen medios con que subsistir (24). El trabajo en la prisión sería opcional y su pro-

---

(22) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...* pp. 98-100.

(23) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica del Código penal de la República Argentina*, Buenos Aires, F. Lajouane.

(24) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...op. cit.* pp. 115-116.

ducto guardado en beneficio del penado. Por último, la pena de arresto podía cumplirse en «cárcel, policía ó cuerpo de guardia, según los casos» pero siempre en lugar diferente de los procesados, «pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico». Esta pena podría aplicarse de quince días a tres meses.

De la observación de las penas propuestas por Tejedor en su proyecto de código, se observa una notable ampliación del papel de la privación de la libertad respecto a las penas presentadas en su *Curso*. Asimismo, aunque la penitenciaría no era la pena principal, sí ocupaba un lugar importante junto a los otros tipos de penas de reclusión. Claramente, Tejedor no confiaba en la aplicabilidad de los ideales de los reformistas penitenciarios en la Argentina, razón por la cual justificó la conservación de la pena de muerte. Este aspecto constituyó una de las principales críticas de Rivarola al código de 1887, como así también el hecho de que la pena de presidio incluyera trabajos denigrantes e innecesarios mientras que las de prisión y de arresto no incluyeran trabajo (25). En una nota al pie de su proyecto, Tejedor replicó la opinión de Adolphe Chauveau sobre las penas de presidios y penitenciaría: sobre la primera sostuvo que, cuando los legisladores se decidían a hacer trabajar en público a un condenado era porque suponían «extinguido en él todo sentimiento de honor, y que ya no hay esperanza de reformarlo». Sobre los condenados a penitenciaría, por el contrario, afirmó que había todavía esperanza de que volviera «al camino del bien». Sin embargo, aunque la reclusión se hubiera convertido en la pena por excelencia de las «sociedades civilizadas» sostuvo –parafraseando a Chauveau– que el sistema penitenciario no era más que un modo de aplicación de esta pena (26). Tanto su novedad como «la diversidad de procedimientos empleados» y hasta «ensayos infructuosos» le habían suscitado muchos adversarios a la penitenciaría:

«Unos han pensado que la regeneración de los condenados no era más que un sueño brillante de una crédula filantropía. Otros después de exagerar los efectos del sistema, lo han desdeñado cuando han visto que no podían realizar sus locas esperanzas. No pocos, en fin, han creído que la dulzura del régimen penitenciario no ejerza una represión suficiente, y que los condenados encontrasen en la prisión demasiados agrados. La cuestión estaba mal sentada. El fin del sistema penitenciario no ha sido nunca, ni podía ser el de regenerar radi-

---

(25) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.*

(26) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...op. cit.* pp. 107-108.

calmente á los condenados, revestirlos de una pureza primitiva, y hacer de ellos gentes honradas en toda la extensión de la palabra. Su fin es impedir la reincidencia, y si pudiera alcanzarse completamente, seria para la sociedad una gran ventaja» (27).

En noviembre de 1868, un año después de la publicación del segundo tomo del proyecto, el presidente Sarmiento encargó a una comisión formada por tres juristas – José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana– su revisión en vistas de presentarlo al Congreso. Por diversas razones, el trabajo fue pospuesto por varios años y la comisión terminó siendo integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. En 1881 se publicó la labor de revisión que modificó casi completamente el proyecto original, basándose en el código español de 1870 (28). En lo que concierne a las penas, fue más severo, ya que elevó los mínimos y máximos de todas las penas de privación de libertad presidio de doce a veinte años, penitenciaría de cinco a veinte, prisión de uno a seis y arresto de un mes a dos años. Si bien redujo las veinte penas del proyecto de Tejedor a doce, en lo que concierne a los tipos de penas privativas de la libertad, agregaron algunos artículos que permitían a las provincias sin penitenciarías conmutar aquella pena por la de prisión –sin trabajo– y el artículo 67.º equiparó el cumplimiento de tres días de prisión por dos de penitenciaría. Respecto a la pena de prisión, mantuvo su conmutación por la de servicio a las armas, previo asentimiento del encausado (artículo 69.º) y, en la pena de arresto, incluyó su cumplimiento en cárceles, policía o cuerpo de guardia según los casos o, en el caso de mujeres y personas valetudinarias, en sus propias casas (artículos 71.º y 72.º).

Si bien el proyecto de Villegas, Ugarriza y García no llegó a ser considerado por el Congreso nacional, la provincia de Córdoba lo adoptó con algunas modificaciones en agosto de 1882 (29). Los cambios consistieron en hacer más rigurosas las penas en los artículos referidos a los intentos de suicidio y complicidad: se incorporó la pena de penitenciaría menor para el cómplice y la reclusión «en lugar seguro» de hasta un año y medio para el que intentara suicidarse. Asimismo, en los artículos referidos al delito de duelo, se adjudicó a due-listas y padrinos penas de arresto mayor, prisión menor y mayor y

---

(27) TEJEDOR, Carlos (1866), *Proyecto de Código Penal...op. cit.* pp. 107-108.

(28) ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2005), *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, p. 249.

(29) Para un análisis del empleo del Código Penal cordobés entre 1883-1886, véase Rosso, Matías (2012), *La Codificación del Derecho Penal Argentino. La aplicación del primer Código Penal en la Provincia de Córdoba. 1867-1886*, Tesis de Maestría inédita de la Universita Degli Studi di Messina.

presidio menor, dependiendo de la gravedad de las heridas o la muerte de uno de los implicados. En la provincia de Buenos Aires, una de las primeras provincias en adoptar el proyecto de Tejedor, el texto complementó la labor de reorganización de la justicia inaugurada con la reforma constitucional de 1873 y de la policía en 1878 (30). Gisella Sedeillán ha demostrado cómo, a partir de la implementación del código, la prisión preventiva se convirtió en la pena por excelencia del sistema penal. Esa sería una de las razones por las cuales el proyecto presentado en 1891 –a sólo cuatro años de la puesta en vigor del primero– introdujera la institución de la libertad condicional en sustitución del denominado «derecho de gracia» del código de 1886 (31).

## 2. Sanción y puesta en vigor del primer Código Penal

En 1885, cuatro años después de la presentación del proyecto de Villegas, Ugarriza y García, el Congreso retomó el debate sobre la codificación penal. No obstante, fueron precisamente las innovaciones de aquella comisión las que inclinaron a los parlamentarios a no tenerlo en cuenta. Finalmente se decidió descartarlo al considerar que el ensayo de combinar la propuesta de Tejedor con nuevas legislaciones europeas sólo había logrado crear contradicciones. Para congresales como Bernardo Solveyra, resultaba imposible fundir en un sólo código leyes de pueblos de «raza distinta, de tradiciones diferentes y de costumbres distintas» (32). Según la opinión de la comisión encabezada por Solveyra era mejor trabajar sobre el proyecto original de Tejedor, porque el de Villegas, Ugarriza y García carecía de unidad y adolecía de «confusiones grandes, divisiones erradas, que no podían servir de base a la confección de un código» (33). De esa manera la comisión parlamentaria se dedicó exclusivamente a revisar el proyecto de Tejedor con el fin de quitarle sus «imperfecciones más notables» y proponerlo para su sanción.

En octubre de 1885 la Cámara de Diputados trató el despacho de la Comisión de Códigos, que recomendó la sanción del proyecto de

---

(30) CORVA, María Angélica (2014), *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Rosario, Prohistoria.

(31) SEDEILLÁN, Gisela (2012), *La justicia penal en la provincia de Buenos Aires. Instituciones, prácticas y codificación del derecho (1877-1906)*, Buenos Aires, Biblos, p. 145; CESANO, José Daniel (2009), «Notas para la comprensión de una hipótesis interpretativa sobre la libertad condicional», en *Horizontes y convergencias*, s/n, s/p.

(32) DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.*

(33) DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.*



Tejedor, fundado en su vigencia en la mayor parte de la República por sanción de las legislaturas provinciales (34). La intención de la comisión no fue presentar un plan integral de reformas sino sólo algunas propuestas que mejoraran el proyecto. Según el diputado Solveyra, el código se iría modificando paulatinamente a medida que su aplicación fuese exhibiendo sus errores (35). En lo que respecta a las penas privativas de la libertad, la comisión disminuyó los mínimos y máximos propuestos por Tejedor a la vez que introdujo los tiempos indeterminados: presidio de tres a quince años o indeterminado, penitenciaría de tres a quince años o indeterminada, prisión de uno a tres años y arresto de uno a doce meses.

En noviembre de 1886, un año después del despacho de la comisión y luego de casi veinte años de su redacción original por Tejedor, se sancionó la Ley Nacional n.º 1920, que estableció como código penal de la República al proyecto modificado por la Comisión de Códigos. De esta manera entraría en vigor en 1887 un texto redactado casi integralmente en la década de 1860 sobre la base de modelos teóricos provenientes del absolutismo ilustrado tardío. Los enormes cambios materiales y culturales que tuvieron lugar en la Argentina hicieron aún más difícil su aplicación. En el tiempo que pasó desde la redacción del texto original hasta que fue sancionado la población del país creció de un millón y medio de habitantes a más de cuatro millones, una de las mayores tasas de crecimiento del mundo para ese período (36). El aumento, que en buena parte estuvo sustentado por la inmigración masiva, supuso notables cambios culturales y materiales derivados de, entre otros factores, el incremento de la población urbana, la inserción del país en el comercio internacional, la consolidación del mercado interno y la incipiente industrialización en los mayores centros urbanos. Los principales núcleos urbanos se transformaron completamente en los años que separan los dos primeros censos nacionales (1869 y 1895). Las poblaciones de Buenos Aires y Santa Fe se cuadruplicaron, mientras que las de Tucumán y Córdoba se duplicaron, por citar sólo algunos ejemplos. En términos absolutos, la población urbana del país pasó de 600.000 a 1.690.000 habitantes, mientras que la población rural pasó de 1.100.000 a 2.260.000 habitantes. El aumento de la población urbana sobre la rural junto al aporte

---

(34) Rosso, Matías (2012), *La Codificación del Derecho Penal... op. cit.* La comisión estaba conformada por el ministro de Justicia, Filemón Posse, y por los diputados Isaías Gil, Mariano Demaría, Bernardo Solveyra y Félix Gómez.

(35) Rosso, Matías (2012), *La Codificación del Derecho Penal... op. cit.* p. 43.

(36) *Segundo Censo de la República Argentina. 1895 (1898)*, Buenos Aires, Taller Tipográficos de la Penitenciaría Nacional, p. XXI.

de la inmigración masiva –para 1895 un cuarto de la población eran inmigrantes– trajeron aparejados enormes cambios, a la vez que el número de varones superaba holgadamente al de mujeres. Todo este conjunto de notables transformaciones que experimentó el país en el último tercio del siglo XIX, contribuyó a que el código preparado por Carlos Tejedor resultara inadecuado para la realidad social en la que entró en vigor (37).

En líneas generales, este primer momento codificador mostró señales de continuidad pero también de cambios considerables (38). El solo hecho de iniciarse la codificación penal y procesal penal dio lugar a una ampliación del debate jurídico respecto de conveniencia y factibilidad de la instalación de un sistema normativo basado en la privación de la libertad como pena central (39). Aunque en este primer momento no se concluyó el proceso de unificación legal –al subsistir la Ley Nacional n.º 49–, se dieron pasos importantes en ese sentido (40). De la misma manera, el penitenciarismo, aunque fuese cuestionado por el propio autor del proyecto de código, ya se había instalado en buena parte de la opinión pública como la institución

---

(37) Sobre la adecuación de los códigos a las diferentes realidades sociales puede verse CARONI, Pio (2013), *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid: Universidad Carlos III.

(38) El universo jurídico de este primer momento era eminentemente tradicional. Agüero y Rosso han sugerido que el período transicional en el que las provincias adoptaron el código de Tejedor puede ser un buen observatorio de codificación sin «cultura de código». AGÜERO, Alejandro y ROSSO, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law...», *op. cit.*, p. 308. Dialogan con GARRIGA, Carlos y SLEMIAN, Andréa (2013), «Em trajes brasileiros»: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850) », en *Revista de História São Paulo*, n.º 169, pp. 181-221.

(39) Para fines del siglo XIX, la Argentina tenía un código penal nacional pero no una institución nacional de control de su comprensión y aplicación. A comienzos del siglo XX, la Corte Suprema de la Nación asumió aquella función al ampliar su competencia constitucional de forma casuística cuando comenzó a admitir acciones extraordinarias contra «sentencias arbitrarias», como último recurso para casos que involucrasen violaciones manifiestas a los códigos sustantivos por parte de los tribunales provinciales. AGÜERO, Alejandro y ROSSO, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law...», *op. cit.*, p. 317. Cit. CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ, Alejandro (1995), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria: en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

(40) La Ley Nacional n.º 49 de «Delitos cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales (1863)» fue un suerte de «listado de tipos de delitos federales sin parte general. La parte general y los delitos de competencia ordinaria quedaban sometidos a una especie de *common law* regido por las viejas leyes españolas coloniales, en todo lo que no fuera incompatible con la Constitución Nacional, según jurisprudencia de la primera Corte Suprema de Justicia de la Nación». ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro (2005), *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Ediar, pp. 248-249.

penal más apropiada para un país *civilizado* (41). Aun con todas sus falencias, el código de 1886-1887, acompañó los primeros pasos de la reforma penitenciaria argentina, y constituyó un soporte legal –a la vez que un aliciente– para las primeras construcciones penitenciarias del país (42).

### III. DE LA CRÍTICA A LA REFORMA. EL SEGUNDO MOMENTO CODIFICADOR (1890-1921)

Hacia 1890, «los años de silencio» de la comunidad jurídica sobre los problemas del código penal incomodaban a Rivarola y lamentaba que no se hubiera suscitado una discusión sobre el código aprobado en 1886. En su opinión, la sanción sin debate no había sido más que «el esfuerzo de un ministro de justicia laborioso», Filemón Posse, lo suficientemente inteligente y hábil para convencer a los parlamentarios de que jamás se dictaría la ley penal nacional si pretendían discutirla (43).

Entre los mayores problemas del código, Rivarola señaló que intentaba limitar el delito sin ir más allá de la proporcionalidad de las penas. A su criterio, mientras la acción estatal se ejercitase solamente imponiendo por cada delito el mal que estime necesario en compensación del que se produjo, continuaría aconteciendo aquel fenómeno que hacía creer en la ineficacia de los códigos penales: que la criminalidad aumentaba «a despecho de las más artísticas clasificaciones y de las más proporcionadas penas de los códigos» (44). Asimismo, Rivarola postuló que la acción del Estado también debía dirigirse hacia los fraudes financieros y administrativos ignorados por Tejedor. Era fundamental detener al «miserable» que se enriquecía mediante defraudaciones que estaban «en la conciencia de todo el mundo, pero que nadie puede probar [...] amparado por una sociedad que rinde culto a sus riquezas». Las notables diferencias entre las preocupaciones del Rivarola *fin-de-siècle* y el ilustrado Tejedor. A Rivarola le preocupaba la corrupción: «los límites entre el *negocio* y el robo son cada vez más indefinidos, y muchos hombres roban con la más firme convicción de

(41) CAIMARI, Lila (2004), *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 48.

(42) Al respecto puede verse GARCÍA BASALO, Alejo (2017), *Para seguridad y no para castigo. Origen y evolución de la arquitectura penitenciaria provincial argentina (1853-1922)*, Tucumán, INIHLEP.

(43) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. V-XIX.

(44) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. V-XIX.

que han *negociado*; el código penal no habla de los negocios, y los jueces están bien convencidos de que sólo deben ocuparse de los robos» (45).

En lo que se refiere específicamente al repertorio de penas, sostuvo que se trataba de la parte más difícil en la preparación de un código. Partidario de la abolición de la pena de muerte, señaló que su inclusión en el código no había hecho más que contribuir al trastorno del sistema penal ya que era «completamente ineficaz a los propósitos que podría procurarse al sancionarla; de manera que, aún sin discutir su legitimidad, aún sin cuestionar su eficacia (teórica) debe tenérsela por inútil y perjudicial y borrarla de la escala penal» (46). Citando a Enrico Ferri, Rivarola sostuvo que la pena de muerte en la Argentina –donde casi no se aplicaba– cumplía la misma función que un espantapájaros: «al principio los pájaros los toman por hombres y se asustan: pero luego, descubierto que, aún comiendo el grano sembrado, los fantoches no se mueven, pierden el miedo y saltan alrededor». Finalmente propuso su reemplazo por la pena de prisión perpetua. Sobre la pena de destierro, señaló que, si bien pudo haber sido –en otras épocas y en otros países– una pena muy grave, ya había perdido completamente ese carácter por las características de la civilización moderna y por la abolición de la confiscación de bienes que le era accesoria. En el mundo moderno, según Rivarola, nadie era extranjero sino «para el ejercicio de derechos políticos, y éstos no consisten en nuestra actualidad, en otra cosa que en gozar de la benevolencia y la amistad de los que mandan, sea que en ello tengan la culpa los gobiernos, sea que la tengan los partidos o los individuos faltos de aspiraciones puras» (47).

Respecto a las penas privativas de la libertad, afirmó que, al dictar un código para toda la Nación, el Estado debía asegurar a las provincias las condiciones para su cumplimiento. Es decir, sin vulnerar la

---

(45) Las itálicas son del texto original. RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. V-XIX.

(46) RIVAROLA, Rodolfo (1888), *Crítica de la pena de muerte en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Coni.

(47) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. 373-374. El destierro se empleó en Tucumán al menos hasta 1918: «Tucumán, 21 de septiembre de 1918. En uso de la facultad conferida al P. E. por el artículo 103, inciso 10 de la Constitución; vistos los informes favorables producidos por la Dirección de la Cárcel Penitenciaria en el sentido de la conducta y de los hábitos de trabajo demostrados por los penados que a continuación se nombra; y en ocasión de la Batalla del Campo de las Carreras, el Gobernador de la Provincia decreta: Art. 1.º Indúltase a los penados [14 varones y 3 mujeres]; Art. 2.º Conmútase por destierro por el tiempo que les falta para cumplir sus condenas a [nombra cuatro penados y otorga otras conmutaciones por penas menores]». *BOPT*, 1918, septiembre, p. 2974.

autonomía provincial de juzgar, debía encargarse de la fundación de establecimientos a los que cada provincia pudiera remitir los criminales que había juzgado. Construir prisiones era, entonces, una consecuencia necesaria de la facultad de la Nación de dictar el código penal, ya que a la facultad de imponer a las Provincias el uso de determinadas clases de pena, debía «correr anexo el deber de proveer los medios de hacerlas efectivas. Y este deber entra precisamente en los fines de la unión nacional». Asimismo, Rivarola argumentó a favor de la simplificación del repertorio de penas mediante la unificación de las penas de presidio y penitenciaría en una sola, porque las consideraba casi idénticas, con la diferencia de que la primera estaba supuestamente destinada a «incoregibles». También cuestionó la contradicción de que hubiera incorregibles a quienes se devolviera la libertad a los tres años de presidio y «coregibles» a quienes se tuviera en penitenciaría por tiempo indeterminado. Para tal fin, sugirió estudiar la reincidencia para determinar la «incoregibilidad» y, al mismo tiempo, sostuvo que el concepto de reincidencia del código de 1887 era inútil, ya que un delincuente no era reincidente sino cuando cometía delitos de la misma especie o penados con castigo igual o mayor que el último delito (48).

La naturaleza de los trabajos del presidio «duros y penosos», agregó, no era más que una «crueldad inútil y detestable, aún tratándose de hombres fuertes y vigorosos» y una «refinada crueldad» si se hubiera considerado su aplicación a mujeres, ancianos y niños (49). Asimismo, tanto el presidio como la penitenciaría eran susceptibles de agravaciones como la reclusión solitaria en los aniversarios del crimen. La consecuencia lógica era que los reglamentos de las penitenciarías no podrían adoptar como regla general la reclusión solitaria. En líneas generales, consideró que la escala penal del código era manifiestamente viciosa, porque multiplicaba sin sentido el número de establecimientos penales de difícil creación en todas las provincias. Para Rivarola había que observar el código penal uruguayo, ya que ese país, cuyas costumbres y condiciones sociales podían «reputarse los de una provincia argentina», había adoptado un sistema de penas privativas de la libertad mucho más sencillo (50). Las penas privativas de la libertad eran solamente dos: prisión –de tres meses a dos años– y penitenciaría, de dos a treinta años.

A Rivarola lo perturbaba notoriamente lo que a Tejedor le había parecido importante sostener: los elementos jurídicos de raigambre

---

(48) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. 335-336.

(49) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 339.

(50) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 336.

tradicional. En las penas de presidio y penitenciaría del código de Tejedor, los condenados tenían «derecho a solicitar gracia» si, pasado cierto término, diesen «pruebas de reforma positiva». Aquella pervivencia del derecho indiano fue fuertemente rechazada por Rivarola ya que, en su opinión, carecía de sentido si el *derecho de pedir* no importara la *obligación de otorgar*. La reducción de pena por cumplimiento de condiciones establecidas, sostenía, era un *acto de justicia*, no de *gracia*. Además cuestionó qué debía entenderse por «reforma positiva», ya que la buena conducta durante una parte de la pena no constituía, a su juicio, motivo suficiente para una remisión absoluta o incondicional del resto. En este sentido, propuso sustituir el pedido de gracia por el otorgamiento de libertad condicional y fundamentó su propuesta en la imposibilidad de presumir que la buena conducta anulase el delito cometido: «la buena conducta solo autoriza una mera presunción de seguridad para lo futuro, presunción que debe desaparecer ante la prueba manifiesta de la mala conducta. Será siempre un poderoso freno moral para el delincuente saber que la puerta de la cárcel ha quedado abierta para él, cuando su pena no ha sido totalmente cumplida» (51). Por otra parte, Rivarola observó que la pena de prisión tal como se cumplía por entonces «en las cárceles de detenidos y en la sociedad de los delincuentes de todo género, es una escuela de vicios y de infamia. Detenidos y condenados viven en la más completa holgazanería, y la cárcel es el club social de los criminales de toda especie. La dignidad de los inocentes detenidos, y aún de los autores de delitos leves, exige que se adopte respecto de ellos el régimen de aislamiento, suavizando este rigor que solo tiene por fin su propio beneficio, con facilitarles la sociedad de personas libres» (52). Sobre la pena de arresto sostuvo que, al poder cumplirse en cárcel, constituía una pena exactamente igual a la de prisión. En ese sentido, no habría necesidad de contar con un tipo de pena más, una denominación más en la escala penal, cuando la naturaleza de la pena no difería. Hubiera bastado bajar el mínimo de prisión a un mes y disponer que cuando la prisión fuera menor de un año pudiera cumplirse en «cárcel, policía o cuerpo de guardia, y en sus casas las mujeres honestas y las personas ancianas y valetudinarias». Su última observación

---

(51) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 370.

(52) Es notorio el hecho de que Rivarola defendiera la conmutación de la pena de prisión por el servicio de armas: «El Código no ha consignado algunas disposiciones que traía el proyecto Tejedor, y que podían considerarse justas y útiles. La pena de prisión podía conmutarse en servicio a las armas por el término de su duración, si los condenados fuesen solteros y no tuviesen medios con que subsistir». RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* p. 372.

respecto de las penas privativas de la libertad fue que el código de Tejedor no reglamentó su ejecución. En ese sentido, la crítica de Rivarola dio un paso más hacia la afirmación del paradigma penitenciario al señalar la ausencia en el código de la determinación del tipo de régimen penitenciario, la omisión acerca del tipo de reclusión –si sería celular o grupal– o si el trabajo sería individual o en común. Al no determinar los principios del régimen, se dejó a cada establecimiento la potestad de redactar su propia reglamentación, con los problemas que eso podría traer aparejado, y se permitió «el ensayo de sistemas sobre los cuales no está agotada la discusión, y que cambiarán de un punto a otro según las necesidades locales» (53).

La potente y extensa crítica de Rodolfo Rivarola ejemplificó lo que Thomas Duve denominó como el «salto teórico» que sincronizó el debate jurídico argentino con el internacional, hasta entonces desfazados (54). A partir de la publicación de la *Exposición y crítica del Código Penal* de Rivarola en 1890, se desarrolló una lenta pero persistente puja por modificar el código penal. Ese mismo año el presidente de la Nación, Miguel Juárez Celman, le encomendó a Rivarola, José Nicolás Matienzo y Norberto Piñero la redacción de un proyecto para reformar el código de Tejedor (55).

## 1. El repertorio de penas de los proyectos de 1891 y 1895

Rivarola, Matienzo y Piñero elevaron su proyecto de código penal en el año 1891, a tan sólo cuatro años de la entrada en vigor del código de Tejedor. Al elevarlo, expresaron que lo que había ocurrido con el código penal no había sucedido con ninguno de los otros códigos que el Congreso había dictado: no era la única fuente de derecho del país, sino un código para las jurisdicciones provinciales, puesto que seguía en vigor la Ley Nacional n.º 49. Era, en efecto, un código «impuesto» por las provincias a la Nación. A pesar de la férrea oposición de Rivarola, en el repertorio de penas del proyecto de 1891 se mantuvieron

(53) RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* pp. 338-339.

(54) Rivarola publicó sus observaciones sobre el código tan sólo cuatro años después de su sanción RIVAROLA, Rodolfo (1890), *Exposición y crítica... op. cit.* Sobre el «salto teórico», puede verse: DUVE, Thomas (1999), «¿Del absolutismo ilustrado...» *op. cit.*

(55) En el decreto firmado por el presidente se afirmó que, «según lo habían comprobado el estudio y la jurisprudencia de los Tribunales», el código penal vigente adolecía de defectos que resultaba «indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entrañan para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación». Decreto del Poder Ejecutivo Nacional del 7 de junio de 1890.

las penas de muerte y de destierro (56). Las penas privativas de la libertad fueron reducidas a dos: presidio, entre diez y veinticinco años o perpetuo, y penitenciaría, entre un día y quince años (57). Para los reincidentes se dispuso la pena de deportación, que consistía en la reclusión por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados u otra isla (58).

En lo que refiera a las condiciones de ejecución de las penas privativas de la libertad, se estableció que los condenados a presidio estuvieran sujetos a reclusión celular en las horas destinadas al sueño y a la alimentación, siendo reunidos durante el día para el trabajo, dentro o fuera del establecimiento. Los reglamentos de los presidios podrían imponer, entre las correcciones disciplinarias, la reclusión absoluta por un término que no excediera los treinta días, durante los cuales los reclusos trabajarían en sus celdas. Respecto a la pena de penitenciaría, debería cumplirse en establecimientos especiales con reclusión celular durante las horas que no destinasen al trabajo y a la instrucción (59). Cuando la condena no excediera un año, podría cumplirse en una sección apartada de las «cárceles de detenidos», es decir, de la policía, siempre que el condenado no fuera reincidente. Cuando no excediera de dos años podría sustituirse a petición del condenado por la de multa, a razón de cuatro a diez pesos por cada día de condena, salvo en los casos en que se dispusiera expresamente lo contrario.

La «gracia» del código de Tejedor fue sustituida por la figura de la libertad condicional, que podría solicitarse una vez cumplidos dos tercios del tiempo de condena, siempre y cuando el penado hubiera «observado con regularidad los reglamentos». Reunidos esos requisitos, obtendrían la libertad condicional, toda vez que obrara informe favorable de la dirección de la prisión, con audiencia del ministerio público. Si, en uso de su libertad condicional, el penado cometiese un nuevo delito, intentara evadirse o infringiera cualquiera de las condi-

---

(56) La ejecución de la pena de muerte sería por electricidad o fusilamiento.

(57) Según los autores del proyecto para establecer las condiciones de las condenas de presidio y penitenciaría se habían basado principalmente en los códigos de Italia y Uruguay. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1898 [1891]), Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, p. 8.

(58) La isla de los Estados está ubicada 24 kilómetros al este de la isla Grande de Tierra del Fuego, en el extremo austral del país.

(59) El término «penitenciaría», según los autores del proyecto, no era una pena sino «un régimen penal». La denominación se mantuvo debido a que ya se hallaba «consagrada en nuestros códigos y proyectos y hemos creído útil y aún necesario conservarla en su acepción nacional. La penitenciaría como pena es análoga a la que en el Código de Baviera se llamaba casa de trabajo penal: a la detención en el código italiano, a la reclusión del húngaro, etc.». *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1898 [1891])... *op. cit.*, p. 36.



ciones establecidas a tal fin, sería remitido inmediatamente a la cárcel para el cumplimiento efectivo de la condena. A diferencia del código de 1886, el proyecto de 1891 hizo expresa la separación edilicia entre hombres y mujeres (60). Asimismo, introdujo la noción de gradualidad en el Derecho penal argentino, con la incorporación de salidas para trabajar en el exterior después de haber cumplido un tercio de la condena. Respecto al producto del trabajo, se unificaron los criterios para todos los condenados a reclusión, a diferencia del código de Tejedor, que distinguía entre los beneficios del trabajo de presidiarios y penitenciarios. El peculio se emplearía para la indemnización de los daños causados por el delito, la prestación de alimentos a la familia del detenido, los gastos del establecimiento y del proceso y a la formación de un fondo propio que se entregaría una vez cumplido el tiempo de la condena.

La introducción de la figura de la deportación en el repertorio de penas significó un endurecimiento respecto al anterior código. Inspirada en la ley francesa de relegación de 1885, sería el castigo para los reincidentes con el fin, según los autores, de sustituir «la gira», medida extrema e ilegal consistente en tomar a los ladrones conocidos y tenerlos por varios días en diferentes comisarías de la ciudad de Buenos Aires con el fin de que fueran conocidos por los agentes policiales (61). Según los autores del proyecto, habría reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme –aunque hubiera mediado indulto o conmutación– cometiera un sólo hecho punible de cualquier naturaleza (62). En ese punto se introdujo la única causa de aplicación de la pena de muerte: para el que, habiendo sido condenado a presidio perpetuo, reincidiera en un delito por el que mereciera la misma pena, es decir dos condenas a presidio perpetuo, algo sumamente improbable (63).

En síntesis, los cambios respecto al código sancionado en 1886 fueron notorios y podría concluirse que se observó, aunque de modo

---

(60) Artículo 31.º del *Proyecto de Código Penal para la República Argentina (1898 [1891])... op. cit.*

(61) Para un análisis de la pena de relegación en México y los «delincuentes natos» puede verse: PULIDO ESTEVA, Diego (2017), *Las Islas Marías. Historia de una Colonia Penal*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia.

(62) Los tipos de reincidencia castigados con la deportación eran los siguientes: dos condenas a presidio; una condena a presidio y dos a penitenciaría; cuatro condenas a penitenciaría; cuatro condenas de las cuales una sea a presidio; cinco condenas de las cuales dos sean a penitenciaría y siete condenadas inferiores a presidio o penitenciaría.

(63) Los autores ensayaron un sistema que, en sus propias palabras, no había sido empleado en ningún código del mundo. Era prácticamente la abolición de la pena de muerte al hacerla casi inaplicable.

parcial, un considerable acercamiento teórico hacia el paradigma penitenciarista. En ese camino se puede mencionar la simplificación de la escala penal privativa de la libertad, la anulación de la posibilidad de la conmutación de la prisión por el servicio de armas, la reglamentación de la reclusión celular durante la noche, la separación de hombres y mujeres, la disposición de salidas durante el día a quienes cumplan la tercera parte de la condena a penitenciaría y la libertad condicional. Sin embargo, se mantuvo la pena de muerte, el destierro y se agregó la deportación. La cámara de Diputados aprobó el proyecto con modificaciones en septiembre de 1895 (64). Entre las modificaciones, la cámara de diputados agregó una disposición transitoria que permitía a las provincias que no tuvieran penitenciarías mandar sus penados a más de cinco años a cumplir la condena a la Penitenciaría Nacional. Por razones que se desconocen, el proyecto nunca llegó a ser discutido en la cámara de Senadores y no prosperó.

Ese mismo año de 1895, el jurista Lisandro Segovia publicó un proyecto de código penal en el que realizó diversas observaciones críticas al proyecto de 1891 (65). En lo que refiere a las penas de reclusión, Segovia también propuso dos: presidio, de cuatro a quince años e indeterminado, y penitenciaría, de un día a quince años e indeterminada. El resto del elenco penal estaba compuesto por las penas de muerte, destierro, deportación, multa, inhabilitación y suspensión. El proyecto establecía que, cuando la pena no excediera de dos años, podría cumplirse en una sección especial de la cárcel de detenidos, salvo el caso de reincidencia en algunos delitos. Las mujeres y los menores de edad cuyas penas no excedieran los seis meses podrían cumplirlas en sus casas. En caso de transgresión deberían cumplir toda la pena en la penitenciaría. Los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado que hubiesen observado con toda regularidad los reglamentos del establecimiento o dado pruebas de reforma positiva, después de cumplir quince años de condena, tendrían «derecho a pedir gracia del P. E. del resto de la pena». Para los condenados con tiempo determinado se concedía el mismo derecho una vez cumplidos dos tercios de la condena en el caso de presidio y la mitad en el de penitenciaría. Segovia argumentó el mantenimiento de la gracia en lugar de la libertad condicional porque aunque estuviera «en boga en Europa, creo que entre nosotros se convertiría en la

---

(64) Los diputados Tomás Luque, R. Carol y M. Demaría votaron en disidencia respecto de la pena de muerte y el aumento de las penas de presidio y penitenciaría.

(65) Debo agradecer especialmente a María Angélica Corva por su colaboración para consultar la documentación en la Biblioteca Central de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

práctica en una libertad pura y simple». No obstante sí decidió incluir la condena condicional en casos de penas privativas de la libertad que no pasasen de un año, de destierro que no excediera los dos años o de multa no mayor de dos mil pesos. A diferencia del proyecto de 1891, éste –que no había sido encargado por el gobierno– no llegó a ser tratado en el congreso.

Con el paso de los años, al no tratarse ningún proyecto integral, algunos miembros del Congreso propusieron reformas parciales. En 1900, el código de 1886 fue reformado mediante la Ley Nacional n.º 3.900 que modificó los artículos sobre las penas por delitos contra la propiedad (66). La segunda reforma, mucho mayor que la primera, se produjo en 1903 e hizo realidad buena parte de las propuestas de Rivarola, Matienzo y Piñero. Mediante la Ley n.º 4.189, sobre un despacho de la comisión integrada por los diputados Argerich, Moreno y Sánchez con las modificaciones recomendadas por la comisión integrada por los senadores Palacio, Mansilla y Pellegrini. Esta ley derogó de la parte general del código los artículos referidos a voluntad criminal, delitos consumados y frustrados, tentativas, reemplazó los artículos sobre complicidad, modificó los artículos sobre las penas en general, las clases de penas, agravantes y prescripción. De la parte especial se modificaron buena parte de los delitos tipificados y se agregó un nuevo título sobre delitos no considerados en el proyecto de 1886 (67).

Si bien la reforma de la parte especial incluyó un uso mucho más extendido de la pena de penitenciaría, revalorizándola respecto al texto original, nos interesa particularmente los cambios introducidos en los artículos 54.º a 75.º, puesto que se modificaron las clases de penas y se agregó la deportación con el fin de castigar la reincidencia.

---

(66) Artículos 190.º y 191.º REMORINO, Jerónimo (Dir. 1954), *Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1889-1919*, Buenos Aires, La Ley, p. 478.

(67) De la parte especial se modificaron los artículos 94.º a 106.º y 119.º a 121.º (homicidio, infanticidio y lesiones), 127.º a 138.º (violación, estupro, corrupción de menores, raptó), 168.º a 172.º (amenazas y coacciones), 178.º a 182.º (calumnias e injurias), 187.º a 195.º (robos y hurtos), 208.º a 212.º (incendios y otros estragos), 245.º y 246.º (prevaricato), 266.º a 268.º (malversación de caudales públicos), 280.º a 282.º (falsificación de documentos), 286.º y 287.º (falso testimonio). En el nuevo título se incluyó: «1.º El obligare a un obrero, con violencia o amenaza a tomar parte en una huelga; 2.º El que impidiere o estorbare la celebración de una función o ceremonia de algún culto; 3.º El que impidiere o turbare una reunión lícita; 4.º El que para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes hiciere señales o diere gritos de alarma o hiciere estallar materias explosivas (si el hecho no importare un delito mayor) o amenazare con un desastre de peligro común; 5.º El que tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos». REMORINO, Jerónimo (Dir. 1954), *Anales de Legislación Argentina. Complemento años 1889-1919... op. cit.* p. 603.

Asimismo, se derogaron los trabajos «duros y penosos» para los condenados a presidio y se agregó la obligación del trabajo a los condenados a prisión, equiparando completamente esa pena a la de penitenciaría. En los hechos, presidio, penitenciaría y prisión casi pasaron a constituir un solo tipo de pena mientras que la pena de arresto quedó como el único tipo de reclusión sin trabajo.

## **2. La privación de la libertad en la reforma integral del código**

A pesar de la importante reforma de 1903, la modificación integral del código parecía inminente. En los últimos días de 1904, el presidente Manuel Quintana firmó un decreto junto al ministro de justicia, Joaquín V. González, creando una nueva comisión de reforma (68). En la fundamentación del decreto se afirmó que el sistema penal en vigor carecía de estabilidad y de unidad ya que múltiples leyes regían simultáneamente, mientras que el código debía ser la única fuente en materia penal (69). La comisión fue compuesta por los juristas Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa y Norberto Piñero, el médico José María Ramos Mejía y José Luis Duffy, director de la Cárcel de Encausados de la Capital Federal.

En marzo de 1906, los miembros de la comisión elevaron un proyecto de unificación de las múltiples leyes penales de la república y de adopción de «algunas instituciones modernas, cuya eficiencia para el castigo o la corrección está abonada por la experiencia de las naciones que las han implantado». Asimismo, siguiendo la línea inaugurada por la comisión de 1891, el proyecto propuso una simplificación del sistema penal de modo que pudiera ser aplicado en toda la República «considerando sus elementos actuales» (70). Se incluyó las institucio-

---

(68) Decreto del PEN 19-12-1904. Las tareas asignadas a la comisión fueron las siguientes: a) revisión del Código Penal; b) revisión de las leyes de organización de la justicia ordinaria en la Capital de la República; c) revisión del Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital; d) revisión y codificación de las leyes de justicia federal, dictadas hasta 1904, comprendida la Capital y Territorios Nacionales y e) bases para una convención en que se establezca la correlación de las leyes de organización y procedimiento judicial de la Nación y de las Provincias en materia civil, comercial y penal.

(69) Se refieren a la inclusión en el código penal de los todos los delitos previstos en diferentes leyes nacionales. No sólo los previstos por la ley n.º 49 (De delitos de competencia federal) sino también por las leyes n.º 3.972 (represión de la falsificación de moneda) y n.º 3975 (marcas de fábrica, comercio y agricultura), entre otras disposiciones, como las relativas a ferrocarriles, correos y telégrafos, régimen electoral, etc.

(70) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906), Buenos Aires, Tip. de la Cárcel de Encausados, p. XIV.

nes de la condenación y libertad condicional, ambas implantadas «con reconocido éxito en Francia y en Bélgica» y consideradas como «verdaderas conquistas del derecho penal moderno» ya que, supuestamente, conseguirían «apartar de la carrera del crimen a muchísimos delincuentes ocasionales» (71). Sobre la libertad condicional, sostuvieron que no había nada más justo –si el objeto principal de la pena era la reforma– que «suspender sus efectos, cuando ella ha dado los resultados buscados». Constituía además un sistema más completo y eficiente que el «derecho a pedir gracia» del código vigente que era prácticamente un oxímoron «porque derecho y gracia, son términos antinómicos» y mientras que la gracia extinguía completamente la pena y el penado quedaba «librado al freno único de su conciencia y de sus sentimientos», en el sistema de la libertad condicional, el condenado estaba «obligado á observar buena conducta durante todo el tiempo de la condena» (72). El mantenimiento de la pena de deportación, sugerida en 1891 e incluida al código por la reforma de 1903, fue justificado por su supuesta eficacia para combatir la reincidencia de quienes debían «considerarse incorregibles, y a quienes la sociedad en uso de su derecho, debe secuestrar por un tiempo indeterminado». También incorporaron la disposición de la Ley Nacional n.º 3.335 según la cual los reincidentes por segunda vez «sufrirían la pena en un paraje de los territorios del sud» (73).

La otra meta del proyecto fue conseguir una simplificación del sistema penal, disminuyendo el número de penas del código vigente, que establecía cuatro tipos de penas privativas de la libertad que requerían cada una de una edificación específica. Por esa razón se disminuyeron las penas, tal como establecían las expresiones «más avanzadas de la ciencia del Derecho Criminal»: los códigos penales de Holanda y Francia. La «tendencia moderna», revelada a los autores mediante esos textos, conducía hacia la unificación de las penas privativas de la libertad. La razón de esa tendencia era fácil de comprender: «la ciencia no respeta lo artificioso, lo que no descansa sobre bases estables, y si hay algo que pueda reputarse mero artificio es esta múltiple división de la misma pena, fundada en detalles sin importancia de su ejecución. La ciencia no ve en el régimen de esta clase de penas, sino lo que es esencial del régimen mismo, esto es, la privación de la

---

(71) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* pp. XV-XVI.

(72) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. XXIII.

(73) Ley nacional n.º 3.335 «Reincidentes: cumplimiento de penas en los territorios del Sur» (1895).

libertad, y la obligación del trabajo». Siguiendo a Oncko Van Swinderen y a Gabriel Tarde, los autores se pronunciaron a favor de la uniformidad de las penas privativas de la libertad en estos términos y sostuvieron que todo sistema penitenciario debía reposar sobre la doble base de la privación de la libertad y de la obligación del trabajo. Parfraseando a Tarde, agregaron que, tal como la dulcificación, la simplificación de las penas era una consecuencia de la civilización: «comparad la extravagante colección, el atroz museo de los antiguos instrumentos de barbarie, de suplicios y de tormentos sin número que llenan los anales del Derecho Penal, con la simplicidad con la uniformidad de nuestros medios represivos, que van siempre simplificándose y uniformándose: la muerte pura y simple, sin agravación, la multa, la prisión, el trabajo» (74). El proyecto de 1906 eliminó las penas de penitenciaría, de arresto y de destierro y estableció como penas privativas de la libertad al presidio con trabajos forzados, la prisión con trabajo obligatorio y reclusión celular y la detención sin obligación de trabajo (75). De esa manera, los autores creyeron dar un paso más hacia la unificación y simplificación, pero respetando «lo que está tradicionalmente arraigado en nuestra legislación, esto es, el trabajo forzado para el presidio, el trabajo común para las penas inferiores» (76). Asimismo, el proyecto distinguió entre delincuentes comunes y políticos ya que los segundos no debían ser tratados como los comunes, ni colocados en los mismos establecimientos o sometidos a la obligación del trabajo. La diferenciación se basaba en que los delitos políticos no necesitaban «ser reformados del punto de vista

---

(74) VAN SWINDEREN, Oncko (1891), *Esquisse du Droit Penal actuel dans les Pays Bas et al'étranger*, Groningen, Noordhoff y TARDE, Gabriel (1890), *La philosophie pénale*, Paris, Masson. Citados en *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* pp. XXX-XXXI.

(75) Sobre el destierro, los autores decidieron su supresión ya que «en la actualidad dados los vínculos de estrecha amistad que nos unen á todos los países, ha perdido completamente su eficacia, y porque aparte de esto, es desigual y de muy difícil cumplimiento». *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. XXXV.

(76) Sobre el empleo del trabajo forzado en Buenos Aires, puede verse: BARRENECHE, Osvaldo (2001), *Dentro de la ley, TODO. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno*, La Plata, Ediciones al Margen. Para los casos brasileños y chileno puede verse: en NUNES MAIA, Clarissa, SÁ NETO, Flávio, COSTA, Marcos y BRETAS, Marcos Luiz (Comps.), *História das prisões no Brasil...* *op. cit.*, pp. 111-154. y LEÓN LEÓN, Marco Antonio (2003), *Encierro y corrección...* *op. cit.* A nivel global puede acudirse a la obra de Para una exploración global sobre el trabajo penal forzado, puede verse: DE VITO, Christian y LICHTENSTEIN, Alex (Eds.2015), *Global convict labour*, Leiden-Boston, Brill.

moral. La pena no debe, pues, ser igual á la de los demás delincuentes, como no es igual el concepto social que unos y otros inspiran».

Ante el hecho de que algunas provincias no tuvieran o no pudieran crear y sostener los establecimientos penales que se requerían, el proyecto estableció que los condenados a presidio, prisión, deportación o detención, serían admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Finalmente, los autores del proyecto dejaron constancia de que, deliberadamente, no establecerían los principios de la ejecución de las penas. Según argumentaron, no quisieron establecer para el presidio y la prisión, más reglas que los trabajos forzados para el primero y el trabajo obligatorio y la reclusión celular para la segunda, porque entendían que era «de positivas conveniencias, que salvo aquellas reglas fundamentales, la organización y régimen de los presidios y prisiones, sea obra de leyes ó reglamentos especiales». Aquella decisión se basó en el hecho de que el régimen penitenciario era aún objeto de discusión y no había consenso suficiente para establecer la forma de la ejecución en la ley de fondo (77).

Por último, el proyecto incluyó todas las disposiciones de los títulos 1.º y 2.º de la Ley Nacional n.º 49, con algunas variantes de redacción, y agregó algunos preceptos que tendían a completar la materia. Entre ellos, la disposición que castigaba con las penas de la traición los actos de ese carácter ejecutados contra un país aliado, en guerra contra un enemigo común o revelar secretos concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación, entre otros (78). Asimismo, las penas para los delitos federales contempladas en el proyecto demostraron un avance mayor del penitenciarismo sobre el paradigma punitivo tradicional. Mientras que la Ley n.º 49 contemplaba pena de muerte, trabajos forzados, inhabilitación para cargos públicos, extrañamiento, multas, satisfacción pública o privada, suspensión de empleo y sueldo o servicio militar de las fron-

---

(77) Lo expresaron de la siguiente manera: «Si hay alguna cuestión palpitante en la actualidad, en la esfera del Derecho Penal, es indudablemente la que se refiere al régimen penitenciario. Ella preocupa á todos los gobiernos, es objeto de preferente atención de parte de todos los que se dedican al estudio de las ciencias sociales, y frecuentemente es discutida en congresos internacionales, que buscan con anhelo su mejor solución. Bien pues, si este es el estado de la cuestión, ¿para qué incorporar á una ley que debe ser relativamente permanente como el código penal, sistemas que todavía están en tela de juicio? ¿No importaría esto, en cierto modo, impedir ó dificultar la rápida implantación de los progresos que día á día se efectúan?». *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. XXXIV.

(78) *Proyecto de Código Penal para la República Argentina* (1906)... *op. cit.* p. LXIII.

teras, el proyecto de 1906 sólo establecía penas privativas de la libertad e inhabilitación.

El proyecto ingresó a la Cámara de Diputados el mismo año de 1906 pero, por razones que desconocemos, no fue tratado hasta una década más tarde. En el año del Centenario de la Independencia, el diputado Rodolfo Moreno lo tomó como base para un nuevo proyecto de código penal, que sería aprobado por la cámara al año siguiente (79). Para su análisis se formó una Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación y estuvo compuesta por Moreno, presidente, Antonio De Tomaso, secretario, y Carlos Pradere, Gerónimo Del Barco y Delfor Del Valle, vocales. Al igual que lo había hecho Rivarola en su *Exposición y crítica*, la comisión comenzó su trabajo señalando con preocupación el hecho de que la codificación penal se había realizado de manera incompleta en 1886 y que aún subsistían en la legislación nacional elementos dispersos y contradictorios que debían ser unificados en una sola ley. Asimismo, según los miembros de la comisión, la reforma de 1903, lejos de resolver las deficiencias de la legislación penal, las había agravado, ya que había mantenido la pena de muerte y, en líneas generales, aumentado el tiempo de las condenas. Sumamente crítica, la comisión acusó a los legisladores de aquella norma de obrar con un pensamiento simplista que entendía que el crimen podía atenuarse con una mayor severidad del régimen represivo. Si fuera así, argumentaban, bastaría con volver a las leyes de Dracón para resolver el problema penal y, no obstante, la ciencia penal había demostrado «por medio de la experiencia, la estadística y la observación que ese postulado primitivo no es acertado y que el crimen dependiente de factores sociales e individuales no se suprime ni se disminuye aumentando los castigos» (80). Luego de la reforma de 1903, agregaron, el Congreso siguió contribuyendo con la dispersión legal mediante la sanción, por ejemplo, de las leyes n.º 7.029 de «Defensa Social», n.º 9.143 de «Represión de trata de blancas» y n.º 9.077 «Sobre cheques dolosos». Los autores sostuvieron que, si bien los aportes del positivismo italiano al derecho penal eran innegables, «los maestros del positivismo, que indicaban causas

---

(79) El proyecto de ley de Rodolfo Moreno, basado en el proyecto de código de 1906, ingresó a la Cámara de Diputados en 1916. Luego de ser revisado por una comisión especial presidida por Moreno, el proyecto fue aprobado el 22 de agosto de 1917. Moreno fue el artífice de las negociaciones parlamentarias que, tras cinco años, culminaron con la puesta en vigor del código en 1922. CESANO, José Daniel (2018), *Rodolfo Moreno (h), su mundo parlamentario y el proceso de codificación penal argentino*, Córdoba, Brujas, p. 77.

(80) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)*, Buenos Aires, Rosso y Cia, p. 15.



y remedios, eran exagerados». Sin embargo, agregaron, la tarea científica en Derecho penal no se interrumpió sino que fue proseguida con «estudios hechos con más cuidado, mejor examen y menos ligereza», demostrando que era necesario hacer mucho en materia represiva para defender mejor a la sociedad: «los mismos enamorados del factor antropológico, eminentemente personal, han dado a los elementos sociales importancia decisiva, entendiendo que las eventualidades de esta índole, presionaban a los sujetos, haciéndolos actuar de acuerdo con sus temperamentos. Con todo eso, un código penal no debe embarcarse en escuelas, ni aceptar teorías, por atrayentes que sean, porque ese es el mejor medio de incurrir en sectarismos y por consiguiente en errores» (81).

La comisión concluyó, en primer lugar, que el número de penas debía reducirse, en vista de conseguir la simplificación que un sistema normativo moderno demandaba. En segundo lugar, que debía tenderse a la individualización de la pena, considerando que cada caso era diferente y que debían ser estudiados «el hecho, sus circunstancias y el sujeto» individualmente para apreciar correctamente «el peligro social que representaba el delincuente». Este punto se conecta con otra de las conclusiones de la comisión en la que señalaron que debía autorizarse la reclusión de los individuos absueltos por razones personales cuando «fueran peligrosos» y «hasta que cesase la situación de peligro». Luego subrayaron la conveniencia de consignar penas elásticas, con el fin de dar a los jueces facultades para que pudieran aplicarlas dentro de términos amplios, y de variar el criterio legal de la responsabilidad, «sin engolfarse en los tradicionales problemas del libre albedrío que complican una ley sin necesidad». Finalmente agregaron que la imputabilidad de los menores debía sujetarse a reglas especiales, que la reincidencia debía ser motivo de especial preocupación, que la gracia debía reemplazarse con la libertad condicional y que debía incluirse la condena condicional (82).

En lo que respecta al repertorio de penas de reclusión de 1886, fueron nuevamente blanco de críticas ya que prácticamente no se diferenciaban unas de otras y casi ninguna provincia contaba con los recursos para construir y mantener cuatro diferentes tipos de edificios. Para 1917, denunciaba la comisión, en casi todas las cárceles del país se encontraban juntos los condenados a presidio, penitenciaría, prisión y arresto y, en muchos casos, juntos con procesados y contraventores, mayores, menores y ancianos, mujeres y varones. De esa

---

(81) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)... op. cit.* p. 22.

(82) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)... op. cit.* pp. 23-24.

manera, la comisión propuso sólo dos penas privativas de la libertad: reclusión y prisión, cuya diferencia radicaba en la clase de trabajo y de disciplina interna que cada una traía aparejada. Los condenados a reclusión podían ser empleados en toda clase de trabajos públicos mientras que los condenados a prisión solo podrían trabajar dentro del establecimiento (83). Tal como el proyecto de 1906, el de 1917 resolvió dejar la ejecución penal para que fuera reglamentada por medio de una ley especial complementaria del código ya que «la penalidad y el sistema para el cumplimiento de la misma» eran «cosas diferentes». Según su argumentación, el código debía prever los delitos y fijar las represiones, mientras que su aplicación debía quedar en manos de los jueces. Asimismo, agregaron que la ley de ejecución debía ser una sola para toda la Nación, ya que, de lo contrario, un mismo delito podría ser castigado de manera diferente según la provincia, lo que resultaba opuesto al sistema de la unidad preconizado por la Constitución. En ese mismo sentido, para uniformar el sistema penal, se previó exigir a las provincias determinados requisitos para los establecimientos carcelarios y autorizarlas, tal como el proyecto de 1906, para que mandasen penados a los establecimientos nacionales. Esto se había discutido en el primer Congreso Penitenciario Nacional de 1914, cuando Julio Herrera propuso que debía obligarse a las provincias a mandar los condenados por sus tribunales a los establecimientos nacionales cuando no los tuvieran, para que el Código Penal se cumpliera por igual en todo el país (84). También a tono con el proyecto de 1906, se estableció que las mujeres y los menores debían cumplir sus condenas en establecimientos especiales y se mantuvieron los preceptos relativos al producto del trabajo de los condenados. Respecto a la gracia, se siguió la misma línea iniciada por Rivarola, al proponer su reemplazo por la libertad condicional, debido a los múltiples inconvenientes que había generado su inclusión en el código de 1887. Entre aquellos problemas, la comisión señaló que sólo se extendía a los condenados a presidio o penitenciaría, lo que implicaba una notoria injusticia: «pues un condenado a tres años de prisión, por ejemplo, no puede solicitar la gracia y debe cumplir los tres años, y un autor de

---

(83) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)... op. cit.* p. 37.

(84) NÚÑEZ, Jorge (2011), «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)», *Temas de historia argentina y americana*, n.º 18. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/notas-jurista-olvidado-julio-herrera.pdf>.

delito más grave y castigado por igual tiempo de penitenciaría, puede libertarse después de cumplir dos años» (85).

El proyecto, aprobado en la cámara de Diputados en 1917, fue evaluado por el senador Ángel Rojas quien redactó un informe positivo, recomendando su aprobación con algunos cambios. Según Rojas, lo más importante que el nuevo código llevaba a cabo era la unificación de la ley penal, la simplificación del repertorio de penas, la individualización de la pena, la creación de un régimen represivo para mujeres y menores de edad, la inclusión de la condena condicional y de la libertad provisoria (86). La repentina muerte de Rojas en 1918 truncó el proceso y la discusión sólo sería retomada a fines de 1920. El proyecto gozaba de consenso en ambas cámaras, así como en el mundo académico y, según el informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, el proyecto había «merecido los más calurosos aplausos tanto en el país como en el extranjero. En una acreditada revista de derecho decía un jurista húngaro, el conocido profesor de legislación penal comparada, doctor [Ladislao] Thot [sostuvo que] el proyecto argentino es una de las obras de codificación más dignas de atención y que si se tradujera al alemán y al francés sería un tesoro común para los criminalistas de todas las naciones» (87). El tono general del informe de la Comisión fue el de aceptación del nuevo código y, haciéndose eco de lo solicitado por el Congreso Penitenciario de 1914, aconsejaron su sanción.

En 1921, a instancias del diputado Leopoldo Melo, se devolvió el proyecto a la Cámara de Diputados con varios cambios, entre los cuales se destacaba la inclusión de la pena de muerte (88). Los diputados aceptaron los cambios menores introducidos por los senadores pero rechazaron la inclusión de la pena de muerte y de la ley de defensa social. En palabras de Melo, los diputados habían rechazaron las modificaciones más importantes, por lo cual, la Cámara Alta decidió

---

(85) *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (1917)... op. cit.* pp. 39-42.

(86) Por individualización de la pena, aclara Rojas, se entendía «la eliminación de la enumeración casuista de atenuantes y agravantes, eliminación de la regla según la cual la pena normal se encuentra en el término medio entre máximo y mínimo, determinación de la pena dentro de un mínimo, determinación en la ley del régimen de penas fijando sus elementos esenciales para la enmienda, reforma moral, adelanto intelectual o intimidación de los penados, determinación de penas paralelas». *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 30 de septiembre de 1921, p. 1034.

(87) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 23 de septiembre de 1920, p. 938.

(88) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 30 de septiembre de 1921, pp. 749-750.

insistir en la inclusión de la pena de muerte, con algunos votos en contra, y de las demás reformas por unanimidad. Rechazadas nuevamente las propuestas del Senado, el proyecto quedó aprobado con los principales cambios introducidos por Moreno al proyecto de 1906: abolición de la pena de muerte y de la pena de deportación, disminución del mínimo en la penalidad del homicidio y derogación de las ya mencionadas leyes n.º 9.143 y n.º 7.029, entre otras.

Las penas del nuevo código quedaron ordenadas en tres tipos: privativas de la libertad (reclusión y prisión), multas e inhabilitación. El informe del Senado, haciéndose eco de Pedro Dorado Montero, afirmó que «la traducción del fracaso mundial del sistema de penalidad severa se encuentra en las estadísticas de todos los países menos en Inglaterra y Francia, pero no se debe a haber acrecentado el rigor penal sino a la implantación y difusión de las instituciones preventivas y de patronato, que son justamente la antítesis de la pena represiva y las que han de dar con ella en tierra» (89). No obstante, luego agregaron que sería necesario formar personas para poder llevar adelante las nuevas instituciones penales ya que «para hacer ejecutar las penas con el antiguo sentido no era preciso poseer competencia especial de ningún género (y por eso el régimen carcelario era un régimen militar, puramente de fuerza, dirigido por comandantes, cabos y demás, con brigadas, pelotones, números)», sin embargo, para poner en práctica sistemas de tratamiento penal individualizado, se haría imprescindible contar con personal con aptitudes «científica y moral» (90).

Prácticamente desde su sanción en 1921, según Zaffaroni, diferentes instituciones estatales intentaron destruir el nuevo código a través de leyes complementarias impulsadas por la policía y por proyectos de «estado peligroso» (91). Durante la presidencia de Marcelo Torcuato de Alvear se presentaron dos proyectos, uno de estado peligroso sin delito (1924) y uno de estado peligroso posdelictual (1926) que se complementó con otro predelictual en 1928, aunque ninguno obtuvo sanción legislativa. Los proyectos de estado peligroso se repitieron en las décadas de 1930 y 1940, sin mayor éxito (92).

---

(89) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 23 de septiembre de 1920, p. 940.

(90) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 23 de septiembre de 1920, p. 942.

(91) ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2005). *Manual de derecho penal... op. cit.* p. 68.

(92) Según Zaffaroni, Alagia y Slokar, hay un Derecho penal que imagina que el delito es síntoma de un estado del autor, considerado inferior a una persona «normal». Esa inferioridad tiene, para unos, naturaleza moral, una versión secularizada de

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

De lo visto hasta aquí puede decirse que el ascenso de la penitenciaría en el sistema normativo penal argentino fue relativamente lento, aún cuando se la observe sólo desde el plano jurídico. Su aplicación en la práctica fue una tarea mucho más ardua y lenta aún e incompleta en varios sentidos hasta la actualidad. A lo largo de este recorrido por los comienzos de la codificación penal se distinguen dos momentos diferenciados en lo que respecta al lugar que ocuparon las penas privativas de la libertad. En un primer momento, que se extendió entre 1865 y 1886, se produjeron importantes cambios –sanción del primer código, inclusión de la pena de penitenciaría, etc.– pero también fuertes continuidades con el paradigma punitivo tradicional –multiplicidad del elenco penal, variedad de penas, etc.–. A pesar de eso, en aquella etapa se elaboró el marco jurídico en el que se basaron buena parte de las reformas penitenciarias del país, aun con todos sus defectos e incompletitud. No obstante, el debate jurídico que destruyó las bases teóricas del primer código y lo conminó a su modificación integral, ya estaba en marcha. No había prácticamente fisuras en la noción de que debía instalarse un sistema punitivo simple basado en la privación de la libertad como pena central. La tarea llevada adelante por los juristas del segundo momento codificador fue esa: unificar la ley penal y simplificar el repertorio de penas. Asimismo, sentaron las bases de la legislación de la ejecución penal e introdujeron el gradualismo. Agüero y Rosso han sugerido que, tanto la puesta en vigor del primer código penal como sus reformas –incluyendo la de 1921–, no son el final de la historia de la codificación penal sino su inicio (93). Permítasenos sugerir, en vista de lo hasta aquí presentado, que tampoco significaron el definitivo ascenso jurídico de la penitenciaría sino sólo su comienzo.

---

un «estado de pecado jurídico», mientras que para otros es de naturaleza mecánica y, por lo tanto, se trata de un «estado peligroso». Quienes postulan un Derecho penal de culpabilidad y los que postulan uno de peligrosidad, «no pueden compatibilizar sus puntos de vista, porque se basan en dos antropologías inconciliables. Los culpabilistas siempre se manejan con penas retributivas del uso que el humano hace de su auto-determinación, en tanto que los peligrosistas le cambian el nombre a la pena (medidas o sanciones) y la reducen a una coacción directa administrativa que busca neutralizar (positiva o negativamente) la determinación del humano al delito, o sea, su famosa *peligrosidad*.» ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2005). *Manual de derecho penal... op. cit.* p. 68.

(93) AGÜERO, Alejandro y ROSSO, Matías (2018), «Codifying the Criminal Law...», *op. cit.*, p. 317.

<b>Delitos</b>	<b>Penas según Ley Nacional n.º 49</b>	<b>Penas según Proyecto de 1906</b>
Traición	Muerte, trabajos forzados, inhabilitación para cargos públicos.	<b>Presidio indeterminado, penitenciaría de 10 a 25 años, prisión de 1 a 8 años, inhabilitación absoluta perpetua</b>
Comprometer la paz y la dignidad de la Nación	Extrañamiento, trabajos forzados, inhabilitación para cargos públicos, multas, satisfacción pública o privada, suspensión de empleo y sueldo, <b>prisión de 6 meses a 2 años.</b>	<b>Prisión de 6 meses a 6 años</b>
Piratería	Muerte y trabajos forzados.	<b>Prisión de 3 a 15 años</b>
Rebelión o sedición	Extrañamiento, multa y servicio militar de las fronteras.	<b>Detención de 1 a 10 años</b>
Desacato	Multa y de <b>1 mes a 3 años de prisión.</b>	<b>Prisión de 15 días a un año</b>
Resistencia a la autoridad y soltura de presos	Trabajos forzados, multa, <b>prisión de 1 a 18 meses.</b>	<b>Prisión de 15 días a un año, multa</b>
Sustracción de correspondencia pública	Trabajos forzados, multa, inhabilitación para cargos públicos.	<b>Prisión de 1 mes a 4 años</b>
Sustracción de documentos públicos	Trabajos forzados y multa.	<b>Prisión de 1 mes a 4 años</b>
Falsificación de moneda, firmas, marcas, sellos o testimonio	Trabajos forzados y multa.	<b>Prisión de 1 a 15 años</b>
Cohecho	Pérdida del empleo, inhabilitación para cargos públicos, multa, <b>prisión de seis meses a dos años,</b> trabajos forzados y multa.	<b>Prisión de 4 a 12 años, multa, inhabilitación absoluta de 3 a 10 años.</b>
Elaboración propia en base al texto de la Ley 49 y el <i>Proyecto de Código Penal para la República Argentina (1906)... op. cit.</i>		

Cuadro 1. *Comparación de las penas previstas según la Ley Nacional n.º 49 y el proyecto de 1906*

<b>Texto</b>	<b>Penas privativas de la libertad</b>	<b>Tiempo de condena</b>
Proyecto de Tejedor 1865-18671	Presidio	6 a 15 años o indeterminado
	Penitenciaría	6 a 15 años o indeterminado
	Prisión	1 a 3 años (conmutable por servicio de armas)
	Arresto	15 días a 3 meses
	Otros tipos de penas en la Parte General (14): muerte, destierro (fuera del país), confinamiento (dentro del país a 50 leguas del lugar del delito), inhabilitación, suspensión, destitución, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad, reprensión, multa, caución, comiso y costos y gastos.	
	Otros tipos de penas en la Parte Especial: Servicio de armas.	
Proyecto de Villegas, Ugarriza y García 1881	Presidio	12 a 20 años
	Penitenciaría	5 a 20 años
	Prisión	1 a 6 años (conmutable por servicio de armas)
	Arresto	1 mes a 2 años
	Otros tipos de penas en la Parte General (7): muerte, destierro, inhabilitación general y especial, destitución, suspensión, vigilancia de la autoridad y multa.	
	Otros tipos de penas en la Parte Especial: ninguno.	
Código Penal de 1887	Presidio	3 a 15 años o indeterminado
	Penitenciaria	3 a 15 años o indeterminado
	Prisión	1 a 3 años
	Arresto	1 a 12 meses
	Otros tipos de penas en la Parte General (6): muerte, destierro, inhabilitación absoluta y especial, vigilancia de la autoridad y multa. La reforma de 1903 incluyó la figura de la deportación (a imitación de la ley francesa de 1885)	
	Otros tipos de penas en la Parte Especial: inhabilitación profesional (Art. 198.º, 199.º, 248.º, 265.º, 266.º, 267.º, 270.º y 297.º), servicio de las armas (art. 233.º); suspensión de empleo (art. 244.º) y destitución (art. 262.º).	
Proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo 1891	1. Presidio	Entre 10 y 25 años o perpetua
	2. Penitenciaría	De 1 día a 15 años
	Otras penas (5): muerte, destierro, deportación, multa e inhabilitación.	
Proyecto de Segovia 1895	1. Presidio	De 4 a 15 años o indeterminado
	2. Penitenciaría	De 1 día a 15 años o indeterminado
	Otras penas (5): Muerte, destierro, deportación, multa, inhabilitación y suspensión.	

<b>Texto</b>	<b>Penas privativas de la libertad</b>	<b>Tiempo de condena</b>
Proyecto de 1906	1. Presidio	Entre 10 y 25 años o indeterminado
	2. Prisión	De 1 día a 15 años o indeterminado
	Detención	De 1 día a 10 años
	Otras penas (4): muerte, deportación, inhabilitación y multa.	
Código Penal de 1922	1. Reclusión	Temporal o perpetua
	2. Prisión	Temporal o perpetua
	Otras penas (2): multa e inhabilitación	
Fuente: Elaboración propia en base a los proyectos y códigos mencionados.		
1 Las provincias de Santa Fe y Tucumán modificaron y pusieron en vigencia el proyecto de Tejedor en 1880 y 1881. Córdoba sancionó el proyecto de Villegas, Ugarriza y García en 1882. Entre las modificaciones santafesinas se incluyó reemplazar, mientras no hubiera edificios apropiados, la pena de penitenciaría por las de trabajos forzados o servicio de las armas. GARCÍA BASALO, J. Carlos (1986), «La Penología en la Codificación Penal Provincial», en <i>Nueva Vida</i> , año XIV, n.37, pp. 5-11.		

Cuadro 2. *Las penas privativas de la libertad en la codificación penal (1865-1941)*





# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho  
Abogada

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 15

##### *Derecho a la integridad moral. Motivación de las resoluciones.*

«Como hemos manifestado en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional, como en este caso lo está la integridad moral (art. 15 CE), la motivación exigible a cualquier resolución judicial no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, sino que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior. Así, lo advierte la STC 74/2007, de 16 de abril, FJ 3, en un caso análogo, pero también en muchas otras (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3, 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4): “Aun cuando hemos afirmado que esta exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, hemos matizado tal afirmación cuando con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), como ocurre en el presente caso. Al cuestionarse una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3, y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (art. 15 CE). Las decisiones judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él

este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3, y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3)».

Por consiguiente, en el presente caso, para verificar si una resolución que afecta al derecho a la integridad moral está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 CE, no hay que limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Por el contrario, la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que depende la estimación o rechazo de la vulneración denunciada. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 CE, ya que se trata, en definitiva, de comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas desde la perspectiva del derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE). El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos supuestos, hablándose de una tutela reforzada que exige, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución.

Se infringe el deber de motivación reforzado cuando se utiliza una motivación estereotipada, inadecuada, por definición, para plasmar las circunstancias particulares propias del caso (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5, y 2/1997, de 13 de enero, FJ 4). En particular, se afirma que incumple el canon de motivación reforzada la mera constatación apodíctica de que “no se cumplen las circunstancias” que la ley exige (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5); el órgano del Poder Judicial tampoco puede escudarse, para justificar sus déficits de argumentación, en el carácter discrecional de la potestad que ejerce (SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8), pues las potestades discretionales deben también ejercerse motivadamente, lo que exige en todo caso exteriorizar de algún modo la *ratio decidendi* que ha llevado a actuar en un determinado sentido (STC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3).

Por lo tanto la decisión por la que se desestima una situación de acoso moral en el trabajo, al afectar, como aquí acontece, al derecho fundamental a la integridad moral de quien la invoca, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta figura, en el entendimiento de que esta interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica respetuosa con los fines perseguidos con la regulación del acoso laboral o *mobbing*».

(STC 81/2018, de 16 de julio. Recurso de amparo 2119/2013. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 17-8-2018).

## ARTÍCULO 17.1

*Derecho a la libertad personal. Celebración de vista para adoptar prisión provisional.*

«El artículo 17.1 CE tras proclamar que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, establece que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. De ese modo, la jurisprudencia constitucional, en el específico marco de la medida cautelar de prisión provisional, ha establecido que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

En concreto, por lo que se refiere a la existencia de una audiencia previa –o inmediata posterior en caso de urgencia– en la que se sustancie la pretensión de las acusaciones de que se adopten o agraven las medidas cautelares privativas de por lo que su omisión constituye una vulneración del artículo 17.1 CE; y (ii) si esa audiencia no está expresa y claramente prevista en la ley para la adopción de la decisión controvertida, entonces el presupuesto previo de determinar que esa libertad, la jurisprudencia constitucional considera que (i) si esa audiencia está expresa y claramente prevista en la ley para la adopción de la decisión controvertida, es un requisito procedimental que queda integrado en la exigencia del artículo 17.1 CE de que nadie puede ser privado de libertad sino en la “forma prevista en la ley”, audiencia es un requisito legal supone un juicio de legalidad ordinaria para los órganos judiciales competentes en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el artículo 117.3 CE respecto del que el control de constitucionalidad queda limitado a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad (SSTC 198/1997, de 2 de junio, FJ 2; 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 50/2009, de 23 de febrero, FJ 3). Por su parte, en cuanto al control de la razonabilidad de la fundamentación, también es reconocido por la jurisprudencia constitucional el carácter excepcional inherente a la prisión provisional, por oposición a la libertad como regla general, lo que comporta la primacía del *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, formulaciones que vienen a significar que la interpretación y la aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad (STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2).

La jurisprudencia constitucional ha negado que esa audiencia sea una exigencia directamente derivada del artículo 17.1 CE en los casos de decisiones de confirmación o prórroga de una prisión preventiva que ya se estaba cumpliendo. Así, la STC 198/1997 afirma que “tampoco cabe entender que estemos en este concreto supuesto (comparecencia del imputado previa a la decisión sobre la continuación de la prisión provisional en la tramitación del recurso de casación) ante una garantía directamente exigida por la Constitución, es decir, ante una garantía que, aun no estando expresamente contemplada en la ley, debiera estarlo o debiera integrar necesariamente su interpretación” (FJ 2). Del mismo modo, la STC 22/2004 reitera que “reconociendo que la audiencia

no es irrelevante para la adopción de la medida, ‘dado que en dicha audiencia es posible debatir tanto la concurrencia o no de las circunstancias determinantes para acordar la libertad o la continuación de la prisión provisional como la eventual modificación de las inicialmente apreciadas’ (STC 28/2001, de 29 de enero, FJ 6), también hemos declarado que la comparecencia previa no constituye una garantía directamente exigida por la Constitución, pues en ocasiones la comparecencia puede resultar no solo ‘innecesaria, sino dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento’ (STC 198/1997, de 2 de junio, FJ 2)” (FJ 3); o la STC 50/2009 que “sin olvidar en todo caso que tal garantía ‘no figura en la Ley de enjuiciamiento criminal ni, por lo demás, parece directamente exigible *ex Constitutione* para este tipo de supuestos’ (STC 198/1997, de 2 de junio, FJ 2)” (FJ 3).

Ahora bien, insistiendo en el marco fáctico tan singular que se planteaba en las citadas SSTC 198/1997, 22/2004 y 50/2009, en que no se está propiamente ante una decisión judicial en que se pase de una situación de libertad a otra de privación de este derecho, es preciso poner de manifiesto que, de acuerdo con una muy antigua y reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la exigencia de la intervención judicial en las decisiones cautelares privativas de libertad, es necesaria la celebración de una audiencia del afectado ante el órgano judicial cuando se trata de medidas que afectan al derecho a la libertad vinculadas a la comisión de una infracción penal (SSTEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto *Schiesser c. Suiza*, § 31; de 21 de octubre de 1985, asunto *Sanchez-Reisse c. Suiza*, § 51; de 13 de julio de 1995, asunto *Kampanis c. Grecia*, § 47; de 28 de octubre de 1998, asunto *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 162; de 25 de marzo de 1999, asunto *Nikolova c. Bulgaria*, § 58; de 11 de julio de 2000, asunto *Trzaska c. Polonia*, § 74; de 10 de octubre de 2000, asunto *Graužinis c. Lituania*, § 31; de 12 de enero de 2012, asunto *Korneykova c. Ucrania*, § 69; de 16 de enero de 2018, asunto *Adem Serkan Gündoğdu c. Turquía*, § 38). Así, la STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto *Farhad Aliyev c. Azerbaijan*, § 203, recuerda que si bien ese procedimiento no siempre debe ir acompañado por garantías idénticas a las que prescribe el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos para los procesos civiles o penales –derecho a un juicio equitativo–, también lo es que es preciso que revista un carácter judicial y ofrezca garantías apropiadas al tipo de privación de libertad en cuestión, de tal modo que (i) el procedimiento debe ser contradictorio, garantizándose la igualdad de armas entre las partes; (ii) en caso de personas cuya detención se produce vinculada a la comisión de una infracción penal, se impone la celebración de una audiencia y (iii) la posibilidad del detenido de ser oído en persona o a través de algún tipo de representación constituye una garantía fundamental de los procedimientos en que se decide sobre la privación de libertad.

Más en concreto, en relación con esta última exigencia de que el afectado pueda dirigirse personalmente al órgano judicial en la audiencia, y con los antecedentes de las SSTEDH de 1 de junio de 2006, asunto *Mamedova c. Rusia*, §§ 91-92; o de 21 de diciembre de 2010, asunto *Michalko c. Eslovaquia*, §§ 159-161; la STEDH de 12 de enero de 2012, asunto *Korneykova c. Ucrania*, incide en que el derecho del afectado a participar en la audiencia en la que se discute su internamiento es particularmente exigible “cuando es necesario debatir sobre nuevos argumentos para decidir sobre su libertad o cuando los argumentos están ‘estrechamente relacionados con el carácter y la situación personal del solicitante” (§ 69). Por otra parte, en relación con los concretos supuestos, como sucede en el presente caso, en que la privación de libertad se produce como consecuencia de una condena en primera instancia, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha mantenido que son aplicables esas garantías siempre y cuando la ley nacional establezca que esa situación de privación de libertad constituya una prisión preventiva

mientras se desarrolla la revisión en segunda instancia y hasta la existencia de una condena firme (así, SSTEDH de 7 de septiembre de 2017, asunto *Stollenwerk c. Alemania*, § 36)».

(STC 91/2018, de 17 de septiembre. Recursos de amparo n.º 4432/2015, 4433/2015, 4434/2015 y 4435/2015. Ponente: D.ª M.ª Luisa Balaguer Callejón. BOE 12-10-2018. En el mismo sentido y mismo BOE, STC 92/2018, de 17 de septiembre).

*Derecho a la libertad personal. Inexistencia de cobertura legal para la imposición de medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico.*

«Constituye doctrina de este Tribunal, recordada por nuestra STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2, que “la existencia de una cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público en la libertad individual es un requisito previo e insoslayable, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explicita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después, valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada, ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada, todo ello de acuerdo con el principio favor *libertatis o in dubio pro libertate*, que lleva a la ‘elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad’ (por todas, STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)”.

3. La STC 217/2015 ya citada, resolvió el recurso planteado por quien en el proceso *a quo* resultó absuelto en sentencia del delito de incendio por el que se le acusaba, también como aquí con apreciación de la eximente completa de trastorno mental (art. 20.1 CP) e imponiéndosele la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico penitenciario (allí por tiempo no superior a siete años), impugnando en amparo la decisión posterior de la autoridad judicial de mantenerle en prisión provisional durante la tramitación del recurso de casación promovido por él contra la Sentencia de instancia. Lo alegado entonces fue también la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), pero por falta de cobertura legal de la citada medida de prisión provisional. Para resolver aquel recurso, este Tribunal formuló las siguientes consideraciones:

a) Respecto del principio de legalidad en el ámbito de las medidas limitativas de derechos fundamentales, recordamos entonces que “hemos señalado que ‘la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional’, proyectando este postulado sobre una serie de derechos fundamentales, en lo que ahora nos importa, específicamente también sobre el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 6)” (STC 217/2015, FJ 2).

b) Ya dentro de este último (derecho a la libertad) y en relación con la medida de prisión provisional, precisamos asimismo que “la exigencia general de habilitación legal supone ‘que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional’ ha de estar ‘prevista en uno de los supuestos legales’ (uno de los ‘casos’ a que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la ‘forma’ mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 2; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2)” (STC 217/2015, FJ 2).

c) Para tener por cumplida la exigencia de la previa habilitación legal de toda medida restrictiva del derecho fundamental –de nuevo con carácter general-, “hemos sostenido, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que ‘la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad’ (SSTC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7)” (STC 217/2015, FJ 2).

Lo que trasladado a la regulación de la prisión provisional implica “que la ley habilitadora de la injerencia ha de hacer suficientemente previsible la extensión y el contenido de la privación de libertad, lo que ‘encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar’...” (STC 217/2015, FJ 2).

d) En aplicación de esta doctrina, la STC 217/2015 comprobó si tenía cobertura legal la medida cautelar impuesta al ahí recurrente, en concreto en el artículo 504.2 *in fine* de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), precepto inserto en el articulado de la prisión provisional (“si fuere condenado... la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida”), llegando a una conclusión negativa en sus fundamentos jurídicos 3 a 5, a cuya argumentación cabe aquí remitirse.

La misma falta de cobertura observó la STC 217/2015 respecto del artículo 381 LECrím (“si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título”). Como explica en su fundamento jurídico 4: “Se trata, en primer lugar, de una norma que se ubica sistemáticamente en la fase de instrucción del sumario, en la que se advierte al Juez instructor que, de apreciar ‘indicios de enajenación mental’ en el procesado (no juzgado aún) deba someterlo a la observación de los médicos forenses, con objeto de precisar una inicial valoración de su estado psíquico; el precepto se halla sistemáticamente encuadrado en el ámbito de las primeras diligencias de investigación sobre la ‘identidad del delincuente y sus circunstancias personales’, dentro de la fase de instrucción del sumario, habiéndolo introducido el legislador en este capítulo de la norma procesal, de estricta naturaleza investigadora, con el objetivo de que el Juez instructor pueda hacer una primera valoración de la capacidad psíquica del procesado sometido al proceso, con vistas a la ulterior culminación de la fase de investigación y preparación para el juicio oral y la resolución definitiva. En el supuesto de autos, en cambio, el inicialmente acusado ha sido ya enjuiciado y objeto de un pronunciamiento judicial en el que se le ha apreciado, no ya indicios, sino la certeza de tener alterada su capacidad psíquica y por ello ha sido declarado exento de responsabilidad criminal. Además, en segundo término, el precepto cumple una doble finalidad, de una parte asistencial, pues ordena al Juez que curse el mandato oportuno para que el procesado sea sometido ‘a la observación de los médicos forenses’ y, de otro lado, de clara vocación investigadora dentro del sumario, con vistas a perfilar la concurrencia o no de una posible circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en aquel. Este precepto, por tanto, en nada habilita legalmente para fundamentar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad prorrogada, pues el alcance y fines que persigue son distintos de los que ahora analizamos”.

e) Constatada la ausencia de una norma legal orgánica (art. 81.1 CE) habilitante de la adopción de la prisión provisional, tras sentencia no firme de absolución por eximente completa con imposición de medida de seguridad de internamiento, su consecuencia no podía ser otra que la declaración de haberse vulnerado el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) del recurrente, con otorgamiento del amparo solicitado (FJ 5 y fallo).

Al margen de esta solución al caso concreto, sin embargo, el Tribunal tuvo muy en cuenta la importancia de evitar la incertidumbre que podría generarse en el ámbito de la Justicia penal con su pronunciamiento, durante el tiempo de espera que se suponía sería breve desde la publicación de nuestra sentencia 217/2015, hasta que el legislador interviniera regulando convenientemente esta materia, descartada de antemano la hipótesis de una desregulación deliberada, del todo inconveniente si se tiene en cuenta, como observó ya la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001 (capítulo IV, 5), “que la adopción de una medida cautelar privativa de libertad contra estas personas se presenta como imprescindible en muchos casos”, dado el grado de peligrosidad judicialmente acreditado y la gravedad de los delitos cometidos, al margen de su inimputabilidad, con posible riesgo de su reiteración.

En ese sentido, el Tribunal dejó por ello advertido al final de su fundamento jurídico 4, que no cabía descartar como vía de control jurisdiccional alternativa, la del internamiento involuntario por causa de trastorno mental previsto en el artículo 763 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC (precepto éste declarado por cierto inconstitucional –sin nulidad– en los incisos que recogen la mencionada medida privativa de libertad, por la falta del debido rango legal orgánico, por nuestra STC 132/2010, de 2 de diciembre, rango que apenas ha alcanzado tras la reforma de la disposición adicional primera LEC, por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio).

Con todo, es obvio que este cauce de tutela, sometido a sus propios presupuestos, garantías y trámites, en lo que aquí importa en cuanto a la fase judicial de 72 horas del artículo 763.3 LEC (sobre esas garantías, vinculadas al derecho fundamental a la libertad, tratan con detalle las SSTC 141/2012, de 2 de julio, FFJJ 4 y 6; 182/2015, de 7 de septiembre, FFJJ 3, 5 y 6; 22/2016, de 15 de febrero, FFJJ 4 a 6; y 50/2016, de 14 de marzo, FFJJ 3, 4 y 6), plazo a contar en este caso desde la puesta en conocimiento de los hechos al juez civil competente por parte del tribunal penal *a quo*, una vez interpuesto el recurso devolutivo contra la sentencia, y hasta la adopción del auto civil resolutorio autorizando o no la medida (el cual es apelable), no deja de ser una posibilidad extraordinaria, no exenta de problemas orgánicos y procedimentales entre tribunales de dos órdenes de jurisdicción llamados a conocer e injerirse en la situación de libertad de una misma persona en tiempo simultáneo.

4. Se sigue de lo declarado en la STC 217/2015, incluyendo la admonición final contenida en ella acerca de la citada vía alternativa del internamiento por trastorno mental del artículo 763 LEC, que la privación de la libertad individual de una persona sometida judicialmente a una medida de seguridad de internamiento (art. 101 CP), mientras la Sentencia penal que así la impone no haya devenido firme, no puede ampararse hoy día en el instituto de la prisión provisional.

Como dejamos asentado en nuestra STC 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 7, con evidentes diferencias en cuanto a la situación ahí enjuiciada frente a la que ahora nos ocupa (pues se trataba de un proceso penal todavía en fase de instrucción, aunque el recurrente ya había sido declarado incapaz en sentencia civil), pero aplicable aquí en cuanto a las garantías de un tratamiento especializado: “no concurren en este caso razones suficientes para considerar que la medida excepcional de prisión provisional impuesta al demandante de amparo resultaba proporcionada y acorde a finalidades constitucionalmente legítimas y sí, por el contrario, para afirmar que ni resultaba



necesaria ni era la más adecuada para garantizar que fuera a recibir un tratamiento médico idóneo y una atención personal y social conveniente para hacer frente a su enfermedad y para evitar que en un futuro se lesionara a sí mismo o lesionara a los demás. La misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo ‘provisional’, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada”.

En esta misma línea de pensamiento se incardina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con la garantía de la legalidad del artículo 5.1 e) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: CEDH [“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: ...e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de... un enajenado”], aplicada a personas con trastorno mental a las que se les atribuye la comisión de delitos. Así por ejemplo, en su Sentencia del 30 de julio de 1998, asunto *Aerts contra Bélgica*, el Tribunal rechazó que pudiera considerarse adecuado, a los efectos de aquella garantía, la reclusión del demandante con trastorno mental en el anexo de un centro penitenciario sin las debidas condiciones de tratamiento médico –en aquel caso, durante siete meses–:

“§ 46. El Tribunal recuerda que para respetar el artículo 5.1, la detención debe tener lugar ‘según las vías legales’ y ‘ser regular’. En esta materia, el Convenio remite para lo esencial a la legislación nacional y consagra la obligación de respetar tanto las normas de fondo como de procedimiento, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5: proteger al individuo contra la arbitrariedad (ver, entre otras, las Sentencias *Winterwerp contra Países Bajos* de 24 de octubre de 1979, serie A, núm. 33, pgs. 17-18 y 19-20, ap. 39 y 45, y *Bizzotto contra Grecia* de 15 de noviembre de 1996, *Repertorio de sentencias y resoluciones* 1996-V, pg. 1738, ap. 31).

Además, debe existir cierto vínculo entre, por un lado, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, por otro, el lugar y el régimen de detención. En principio, la ‘detención’ de un enfermo mental no será ‘regular’, según el apartado e) del párrafo 1, salvo si se realiza en un hospital, una clínica o en otro establecimiento apropiado (*Sentencia Ashingdane contra Reino Unido* de 28 de mayo de 1985, serie A, núm. 93, pg. 21, ap. 44)”.

“§ 49. El juicio verbal seguido los días 10 a 15 de enero de 1990 que reflejan la situación existente en 1990 (apartados 23 y 24 *supra*), el informe del CPT [Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes] (apartado 28 *supra*) y las alegaciones aportadas por el Gobierno belga (apartados 29-30 *supra*) demuestran suficientemente que el anexo psiquiátrico de Lantin no podría ser considerado como un establecimiento apropiado para la detención de enajenados: estos últimos no se benefician ni de un seguimiento médico ni de un ambiente terapéutico. Al recibir una solicitud de permiso del señor Aerts, la Comisión de defensa social consideró, el 2 de agosto de 1993, que la situación perjudicaba al interesado, que no se beneficiaba de los cuidados que necesitaba el estado origen de su internamiento. El Gobierno, por otra parte, no negó que el hacerse cargo del demandante en Lantin fuera deseable desde un punto de vista terapéutico. Hubo entonces ruptura del vínculo entre la finalidad de la detención y las condiciones en las que ésta tuvo lugar”.

“§ 50. En conclusión, hubo violación del artículo 5.1”.

También sobre la improcedencia de mantener a la persona con trastorno mental en centros de detención que carezcan de las necesarias condiciones para su tratamiento médico, desde la óptica de la garantía de la legalidad del artículo 5.1 e), la STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto *Pankiewicz contra Polonia*, §§ 44 a 46 (que declara vulnerado el Convenio).

(.../...)

El ingreso de la persona en “establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias”, solo es procedente: (i) bien para el “cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad” (art. 183), por apreciación de una circunstancia eximente [art. 184 b)], esto es, con carácter ya ejecutivo, o (ii) bien de manera temporal, para “detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación... durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe” [art. 184 a)], lo que no se amolda a la hipótesis de un internamiento durante semanas o meses, tiempo previsible de espera para la sustanciación de un recurso penal devolutivo contra la sentencia. En ambos casos, bajo el control de la Administración penitenciaria (art. 21 del Real Decreto 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, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas”).

(.../...)

Corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE), poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico.

Hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesaria para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 LEC, que habrá de serlo, como acota el Fiscal en su escrito de alegaciones, en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito».

(STC 84/2018, de 16 de julio. Recurso de amparo n.º 4677/2017. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 17-8-2018).

### ARTÍCULO 17.3

*Derecho a conocer las razones de la detención policial y los elementos esenciales para poder impugnarla. Contenido del atestado.*

«El fundamento de la pretensión de amparo se refiere a una faceta del derecho a la libertad y seguridad sobre la que no existe doctrina específica de este Tribunal, como es el alcance del derecho a conocer las razones de la detención policial, el correlativo deber de información que recae sobre los poderes públicos, y su conexión instrumental con el recientemente reconocido derecho de acceso a las actuaciones durante la detención y el propio derecho de asistencia letrada al detenido (art. 17.3 CE), así como las posibilidades de control que, en esta materia, ofrece el procedimiento de

“habeas corpus”; lo expuesto permitió apreciar la especial trascendencia constitucional de la cuestión planteada [STC 155/2009, FJ 2, letra a)] y justificó su admisión a trámite.

Si bien en resoluciones anteriores este Tribunal ha analizado alegaciones similares a la ahora planteada (STC 32/2014, de 24 de febrero, y la más reciente STC 13/2017, de 30 de enero), en el primer caso las mismas no llegaron a abordarse por no haber sido acreditado el presupuesto fáctico de la queja (FJ 5), y en el segundo caso nuestro análisis se centró, primordialmente, en el marco normativo regulador de la cuestión planteada en un supuesto anterior en el tiempo a la entrada en vigor de la reforma en esta materia de la Ley de enjuiciamiento criminal, operada por las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre.

4. La delimitación del objeto del recurso exige realizar dos consideraciones previas adicionales:

a) La primera, para recordar que, de entre las distintas vías de protección judicial procedentes, el titular de un derecho fundamental puede elegir la que estime más conveniente para su defensa (SSTC 90/1985, FJ 5; 196/1987, FJ 2; 160/1991, FFJJ 2 y 5; 241/1991, FJ 4, y 31/1996, FJ 9).

En el caso de limitaciones supuestamente indebidas de la libertad personal durante una detención gubernativa, hemos admitido que es posible agotar la vía judicial previa bien a través del procedimiento de “habeas corpus” (que es lo más usual), bien instando la protección penal, civil o contencioso-administrativa de los derechos mediante el ejercicio de las correspondientes acciones dirigidas contra los protagonistas de la supuesta vulneración, e incluso cuestionando la decisión judicial que ponga fin al proceso penal subsiguiente que pueda haberse incoado por la presunta participación del demandante en el hecho delictivo que justificó la detención (STC 107/1985, de 7 de octubre). Cada una de estas vías ofrece diversas posibilidades de actuación jurídica y de debate, pero “es al titular del derecho fundamental a la libertad personal a quien corresponde decidir el tipo de protección que impetra de los Tribunales para preservar o restablecer las vulneraciones que crea haber sufrido en su libertad” (STC 31/1996, FJ 9).

En este caso, el recurrente instó la protección judicial de sus derechos a través de la petición de “habeas corpus” dando lugar, así, a un procedimiento urgente, de carácter especial, cognición limitada y única instancia en el que únicamente es posible valorar “la legitimidad de una situación de privación de libertad, a la que [el Juez] puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en las que la detención se produjo o se está realizando, pero sin extraer de éstas –de lo que las mismas tuvieron de posibles infracciones del ordenamiento– más consecuencias que la de la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad (art. 8.2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo), y adoptando, en su caso, alguna o algunas de las decisiones a las que se refiere el artículo 9 del mismo texto legal” (SSTC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1 y 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2).

En consecuencia, dado que la vía de protección judicial utilizada por el titular del derecho predetermina el debate que es posible en este proceso de amparo, son únicamente las garantías recogidas en el artículo 17 de la Constitución las que, por razones de subsidiariedad, pueden aducirse en este proceso constitucional.

b) La segunda precisión tiene que ver con la alegación conjunta que se hace en la demanda de amparo del derecho a la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3 CE) y del derecho de defensa en los procesos penales (art. 24.2 CE).

En una reiterada jurisprudencia hemos distinguido una doble proyección constitucional del derecho de asistencia letrada, según se ejercite durante la detención pre-

ventiva (art. 17.3 CE) o en un momento posterior, una vez el sospechoso del delito o acusado se encuentre ya a disposición judicial (art. 24.2 CE).

De una parte, en cuanto al contenido del derecho de asistencia letrada al detenido, es constante nuestra jurisprudencia, citada en la STC 13/2017, según la cual tiene como función la de “asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá 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” (por todas, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2, y 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4).

Y, de otra parte, en relación con el derecho de defensa en los procesos penales, el vigente artículo 118.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece que cualquier persona a quien se atribuya un hecho punible puede ejercitarlo interviniendo en las actuaciones con asistencia letrada “desde que haya sido objeto de detención”. El apartado segundo del citado precepto concreta que tal derecho “puede ejercerse sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley desde la atribución del hecho punible investigado hasta la extinción de la pena”, e incluye entre sus contenidos la asistencia letrada de un abogado. Sobre dichos contenidos, este Tribunal destacó en la STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, lo siguiente: que “las garantías exigidas por el artículo 17.3 CE –información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada– hallan su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado”. Y poco después, en la STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3, se puntualizó que la proscripción de cualquier forma de indefensión, recogida en el artículo 24.1 CE, no se refería únicamente a las actuaciones judiciales, sino que dicho precepto “debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar”. La estrecha conexión existente entre las garantías jurídicas de la detención y el derecho de defensa penal aparece expresada también en las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3, y 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5, letra B), cuando destacan que la detención preventiva de una persona y su conducción a dependencias policiales permite a los agentes realizar “diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos” [art. 520.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrin)], entre las que se incluye la declaración del detenido; por ello, “es en esta situación cuando adquieren su pleno sentido protector las garantías del detenido de ser informado ‘de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención’, así como de la asistencia letrada y la de un intérprete, dada su innegable importancia para la defensa en tales diligencias”.

Esta doble proyección del derecho de asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales –CEDH–, y artículos 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos –PIDCP–), no solo permite asignar distinto contenido y facultades de actuación a cada uno de estos derechos (STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11), sino que impide determinar el contenido del derecho a la asistencia letrada en cada uno de estos contextos con una lectura

y aplicación conjunta de los citados artículos 17.3 y 24.2 CE (SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6).

Por ello, en una reiterada jurisprudencia iniciada en la STC 196/1987, de 11 de diciembre –del Pleno–, hemos rechazado que, en supuestos como el presente, al cuestionar el contenido o la calidad de la asistencia letrada recibida durante la detención preventiva, pueda hacerse invocación indiferenciada de los artículos 17.3 y 24.2 CE pues, aun haciendo ambos referencia a la asistencia jurídica obligatoria y guardando evidente relación, como acaba de ser expuesto, las supuestas limitaciones que en el derecho de defensa frente a una acusación penal puedan producirse no son objeto autónomo del procedimiento de “habeas corpus”. La efectiva incidencia que una información deficiente acerca de las razones de una detención preventiva de naturaleza penal pueda tener sobre el derecho de defensa frente a una acusación penal sólo puede valorarse con una perspectiva más amplia: la que ofrece el análisis conjunto del desarrollo del proceso penal y el resultado material que una limitación como la denunciada pueda haber tenido en el mismo; análisis que ha de extenderse, desde luego, más allá del limitado espacio temporal máximo de 72 horas durante el que puede mantenerse la detención policial preventiva y practicarse las diligencias policiales dirigidas al esclarecimiento de los hechos investigados (SSTC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6, 165/2005, FJ 11 a); 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, ambas FJ 7; y 87/2010, de 3 de noviembre, FJ 5), por lo que sería prematuro cualquier pronunciamiento que, desde la perspectiva planteada, pudiera formularse.

(.../...)

El contenido del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad reconocido por el artículo 17 CE no se agota en la garantía judicial de su privación, ni en la supervisión judicial inmediata de los limitados casos en que la misma puede llegar a acordarse por otro poder público (apartados segundo y cuarto), sino que, de forma nuclear, incluye la exigencia de previsión legislativa que disponga en qué casos y de qué forma procede la privación legítima de libertad (apartado primero). Por ello, la primera y básica forma de detención ilegítima es aquella que se produce fuera de los casos o modos previstos en la ley, lo que, a su vez, constituye una de las causas que justifican la protección judicial que otorga el procedimiento de “habeas corpus” (artículo 1 a] y d] de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo).

La posibilidad de control judicial inmediato del sometimiento de la privación de libertad a estrictas previsiones legales asegura que no sea arbitraria en sus motivos ni se lleve a efecto de forma que atente contra la dignidad personal ni los derechos que, durante su desarrollo, se reconocen en favor de los detenidos. De esta forma, la legalidad de la privación de libertad, que se predica tanto de las causas que la justifican como de las condiciones en las que se desarrolla, actúa a su vez como parámetro objetivo de su control judicial.

En el caso presente, el demandante fue detenido por su supuesta participación en la comisión de un delito. La causa legal que justifica la detención se recoge en el artículo 492.4 LECrim, que impone a los agentes de policía judicial la obligación de detener a aquellas personas sobre las que existan motivos racionalmente bastantes para creer que han tenido participación en un hecho que presente caracteres de delito, cuando sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerán cuando fueren llamados por la autoridad judicial, salvo que presten en el acto fianza bastante.

En tales supuestos, el control de la adecuación a la ley de la detención gubernativa permite cuestionar tanto la existencia y suficiencia de los indicios en que se ha apoyado (los motivos de la detención), como su necesidad en el caso concreto. El

conjunto de motivos que sustenta la decisión de detener conforma la sospecha policial, y, en este sentido, el control sobre su razonabilidad y consistencia es uno de los elementos esenciales de la posibilidad de salvaguardia frente a detenciones arbitrarias (SSTEDH de 30 de agosto de 1990, caso Fox, Campbell and Hartley c. Reino Unido, y de 28 de octubre de 1994, caso Murray c. Reino Unido). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que, en el contexto de las detenciones preventivas de naturaleza penal, los motivos que sustentan la privación de libertad constituyen un factor relevante para determinar si una detención es o no arbitraria (por todas, STEDH de la Gran Sala, de 9 de julio de 2009, dictada en el caso *Mooren c. Alemania*).

Precisamente, con la finalidad de hacer posible el cuestionamiento de dichos motivos, el artículo 17.3 CE reconoce expresamente a toda persona detenida el derecho a ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible no sólo de los derechos que le asisten, sino también de las razones de su detención.

El mismo contenido de protección aparece reconocido en el artículo 5.2 CEDH, a cuyo tenor, toda persona detenida debe saber por qué fue privada de libertad, lo que impone a los agentes del poder público la obligación de informarle, en el plazo más breve posible, en un lenguaje sencillo y que le sea accesible, de los motivos jurídicos y fácticos de la privación de libertad. A su vez, el artículo 5.4 CEDH establece la posibilidad de discutir su legalidad ante un órgano judicial con objeto de que se pronuncie sobre la misma en un breve plazo de tiempo, poniendo fin a las detenciones que sean ilegales. Ambas previsiones se encuentran estrechamente relacionadas (STEDH de 5 de noviembre de 1981, caso X. c. Reino Unido, párrafo 66).

La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que, con el objetivo de mantener y desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, también la Unión Europea, a través de las Directivas 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas que se dirigen a facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en materia penal. Específicamente, el artículo 6.2 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, con apoyo en los artículos 6 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa”.

La concreción legal de dichas garantías se recoge de forma detallada en la nueva redacción de la Ley de enjuiciamiento criminal, operada por las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, mediante las que se han transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico las citadas Directivas. Con carácter general, la nueva regulación legal reconoce a toda persona a quien se atribuya un hecho punible el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan (art. 118.1 a)) y también el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, momento que debe ser en todo caso anterior a que se le tome declaración (art. 118.1 b)). El artículo 302 LECrim establece las limitaciones a este derecho de acceso al expediente que, de forma temporal, declarando total o parcialmente secretas las actuaciones del procedimiento, puede establecer el Juez de

Instrucción para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona.

Mayores son las exigencias de información que se reconocen legalmente cuando, como consecuencia de la investigación de un delito, se acuerda la privación cautelar de libertad de un sospechoso de haber participado en él. En tal caso, estos derechos del detenido se especifican detalladamente en el artículo 520.2 LECrim que, en su nueva redacción, vigente ya en el momento de la detención del demandante, dispone que “toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten”. De entre estos últimos, a efectos de la resolución de este proceso de amparo, debemos destacar dos: el derecho “a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención”, y el derecho “de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención”, facultad ésta última que, como veremos más adelante, actúa como garantía instrumental tanto del derecho a la información como de la efectividad de la asistencia letrada obligatoria con que todo detenido ha de contar.

6. En relación con el derecho a la información sobre los hechos y las razones que han motivado la detención, desarrollado por el artículo 520.2 LECrim, varios aspectos deben ser destacados:

a) En cuanto a la forma en que la información ha de ser suministrada, destaca la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito. Esta es una de las importantes novedades de la regulación legal: la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual “información de derechos”. Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de su consistencia y suficiencia.

b) En cuanto al momento en el que la información ha de ser facilitada, la ley reitera la exigencia constitucional: ha de serlo “de forma inmediata” en los casos de privación de libertad. La exigencia de inmediatez se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía.

c) Como hemos ya expuesto, la información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención. En este sentido, y a ello se hace referencia acertadamente en la demanda de amparo, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido

mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los “indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo”, indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva.

Debemos destacar también que la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o video, u otras similares), dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo artículo 520.2 d) LECrim, a cuyos elementos nucleares nos referiremos a continuación.

7. De forma inescindible, complementaria e instrumental a los derechos a recibir información sobre las razones de la detención y a impugnar la legalidad de la detención, la nueva regulación legal reconoce a toda persona detenida el derecho a “acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad” (art. 520.2 d) LECrim); derecho de acceso que, en idénticos términos, se extiende a la fase sumarial de instrucción judicial para el caso de que se decrete la prisión provisional del investigado (art. 505.3 LECrim.). El derecho de acceso que la ley reconoce está en línea con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, conforme al cual: “Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad”.

En la medida en que, para ser suficientes, las razones de la detención deben venir apoyadas en datos objetivos, las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las actuaciones que les dan sustantividad. Resulta evidente que solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia. Tal constatación permite identificar el fundamento, momento, forma y contenido del derecho de acceso en el que el demandante fundamenta su pretensión de amparo.

a) La facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundamentadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Por ello, el reconocimiento legal expreso de este derecho refuerza la importancia del “habeas corpus” como procedimiento de control judicial de los casos y modos en que la privación de libertad es legítima.

b) A partir de este doble fundamento, es posible determinar la forma y momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse. Dicho intervalo se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por



tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente [art. 520.6 d) LECrim], podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del “habeas corpus” para que la autoridad judicial dirima la controversia.

c) La conexión entre el derecho a conocer las razones de la detención y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica también, en gran medida, el contenido de esta segunda garantía. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuales sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas.

8. En el caso presente, según aparece en el acta policial que documenta la declaración del demandante detenido, su letrado solicitó “tener acceso al atestado”, petición que fue desestimada por el Instructor policial. Y en la posterior petición de “habeas corpus” el demandante hizo constar como causa justificante de la misma la siguiente: “mi abogado ha solicitado acceder a las diligencias practicadas (atestado policial) para examinar los elementos que justifican la legalidad de la detención, y le han negado ver o examinar el atestado, con vulneración del artículo 520 LECrim”.

En relación con tal solicitud y su argumentación, reiteradas ahora como pretensión de amparo, resulta preciso aclarar que la propia dicción del precepto legal alegado, así como su fundamento, permiten concluir que el derecho invocado no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la deten-

ción, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad.

A lo expuesto ha de añadirse que, como ya anticipamos, en el momento en que es posible solicitar acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención el atestado no ha sido nunca completado, pues la propia declaración policial del sospechoso aún no se ha producido, lo que permite, de nuevo, diferenciar entre el contenido del atestado y aquellos elementos de él que, por objetivar las razones de la detención, han de ser accesibles para el detenido.

El artículo 292 LECrim impone a los funcionarios de policía judicial, cuando intervengan en el esclarecimiento de un hecho que presente caracteres de delito, la obligación de redactar un atestado en el que han de consignar las diligencias que practiquen, en el cual “especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito”. De tal contenido deriva que el atestado puede recoger más información sobre la investigación del hecho delictivo de aquella que cabe considerar esencial para justificar la detención preventiva, pues puede haber en el mismo referencias a terceras personas no detenidas, a hechos distintos que nada tienen que ver con las razones concretas de la detención, pero que son conexos con los que han dado lugar a la investigación, o a líneas de investigación iniciadas y no agotadas cuya revelación puede poner innecesariamente en entredicho el resultado de la investigación.

Esta diferenciación entre el contenido íntegro de las actuaciones y aquellos elementos de éstas a los que, cuando es solicitado, ha de permitirse el acceso durante la detención preventiva, no solo deriva de los términos literales en los que el derecho es reconocido en el artículo 520.2 d) LECrim, sino que, además, aparece claramente establecida en los artículos 302 y 527 LECrim, que excluyen los que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad de aquellos otros elementos de las actuaciones de cuyo derecho de acceso puede ser temporalmente privado el detenido.

De lo que ha sido expuesto puede concluirse que a los agentes estatales responsables de su custodia les corresponde informar al detenido por escrito, de forma inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad; y, cuando este sea el caso y el detenido lo solicite, deben también proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente la decisión cautelar. Como dijimos ya, las discrepancias sobre la suficiencia de la información o el acceso a las actuaciones facilitado que, una vez asesorado, pueda mantener el detenido con los responsables de su custodia policial, podrán plantearse inmediatamente a través del procedimiento de “habeas corpus” ante la autoridad judicial, a quien compete evaluar tanto las causas de la detención como el modo en el que ésta se viene desarrollando, singularmente, si se están respetando los derechos que la Constitución y las leyes procesales reconocen a toda persona detenida [art. 1, letra d) de la Ley Orgánica 6/1984]».

(STC 21/2018, de 5 de marzo. Recurso de amparo 3766/2016. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 13-4-2018).

## ARTÍCULO 18

*Derecho al honor y a la protección de los datos personales frente al uso de la informática vs derecho a la libertad de información. El derecho al olvido.*

«Lo que plantean las personas recurrentes en amparo, a través de la invocación del artículo 18.1 y 4 CE, es el ejercicio del denominado jurisprudencialmente “derecho al olvido” (conclusiones del Abogado General asunto *Niilo Jääskinen*, de 25 de junio de 2013, en el asunto *Google Spain, S. L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González* y Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, en el asunto C131/12 –*asunto Google*–).

Este es definido, exactamente bajo esta denominación, sólo en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de protección de datos), norma europea que entró en vigor el 25 de mayo de 2018. Se concreta como el derecho a obtener, sin dilación indebida, del responsable del tratamiento de los datos personales relativos a una persona, la supresión de esos datos, cuando ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; cuando se retire el consentimiento en que se basó el tratamiento; cuando la persona interesada se oponga al tratamiento; cuando los datos se hayan tratado de forma ilícita; cuando se deba dar cumplimiento a una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros; o cuando los datos se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información. En suma, en el Reglamento se viene a legislar de forma más clara el derecho a la supresión de los datos personales de una determinada base que los contuviera. Eso, y no otra cosa, es el derecho al olvido. Un derecho a la supresión de los datos personales, existente ya por obra de la Directiva 95/46/CE, estrechamente vinculado con la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y con la protección del artículo 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Así considerado, el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo.

El honor, vinculado a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la protege, “frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12; 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5, y 65/2015, de 13 de abril, FJ 3). Por su parte, el derecho a la intimidad, 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), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida” (por todas, STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 7). El vínculo entre los apartados primero y cuarto del artículo 18 CE, se pone de manifiesto en la STC 290/2000, de 30 de noviembre, que resolvía los recursos de inconstitucionalidad

planteados por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y por diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD). En este pronunciamiento el Tribunal recordó, citando jurisprudencia consolidada, que el artículo 18.4 CE, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos sin que, por ello, deje de ser un derecho fundamental, “el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos” (STC 290/2000, FJ 7).

En la misma línea la STC 292/2000, también de 30 de noviembre, respondiendo al recurso planteado por el Defensor del Pueblo, contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, refuerza ese mismo vínculo, pero distinguiendo ambas dimensiones del artículo 18 CE. El Tribunal afirma que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporta por sí sólo una protección suficiente frente a las realidades nuevas derivadas del progreso tecnológico, y que el constituyente, en el apartado 4 del precepto, pone de manifiesto la existencia de los riesgos asociados a ese progreso, encomendando al legislador el desarrollo de un “instituto de garantía como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, pero que es también, ‘en sí mismo, un derecho o libertad fundamental’ (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6)” (FJ 4).

Por tanto, el artículo 18.4 CE garantiza un ámbito de protección específico pero también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado primero del precepto (STC 292/2000, FJ 4), de modo que “la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada ‘libertad informática’ es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención” (STC 292/2000, FJ 5, y jurisprudencia allí citada).

Por tanto, si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es, porque se integra entre ellas, el derecho al olvido. Esta conclusión puede extraerse sin dificultad de la configuración que hace nuestra jurisprudencia del artículo 18.4 CE, al definirlo como un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer “frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales” (STC 290/2000, FJ 7), y establecer que tales derechos son, entendidos como haz de facultades de su titular, el derecho a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, y el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos, esto es el derecho de supresión (en este sentido, STC 290/2000, FJ 7).

6. Este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales. En el fundamento jurídico 11 de la STC 292/2000, reiterado después en el fundamento jurídico 4 de la STC 17/2013, de 31 de enero, se estableció que: “[E]l derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes

públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución”.

En este caso, se identifica la libertad de información [art. 20.1 d) CE] como el derecho fundamental que podría actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales. Los datos personales cuya supresión se solicita por las personas recurrentes están contenidos en una noticia digitalizada, contenida en una hemeroteca digital, y la misma narra, respecto de las personas recurrentes, que habían sido detenidas por su participación en un presunto delito de tráfico de drogas y que se había decretado su ingreso en prisión donde fueron médicamente atendidas por padecer el síndrome de abstinencia. El artículo, en el que no se encuentra ningún juicio de valor ni opinión, sino la mera exposición fáctica recién detallada, se incardina por lo tanto en el marco del derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE], que protege la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables por venir referidos a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren o por las personas que en ellos intervienen. (STC 41/2011, de 11 de abril, FJ 2).

Una vez digitalizada la noticia, y vinculada a la hemeroteca digital de “El País”, pudo ser enlazada a motores de búsqueda generales de internet, porque el editor del sitio de internet, esto es, Ediciones El País, no utilizó protocolos informáticos de exclusión aptos para excluir la información contenida en el sitio de los índices automáticos de los motores.

Las Sentencias de 4 de octubre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, y de 11 de octubre de 2013, de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, resolvieron esa cuestión, en la línea de lo resuelto por la STJUE en el asunto *Google*. El razonamiento de ambos pronunciamientos, como se ha expuesto en los antecedentes, parte del presupuesto –fijado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, de que la actividad de los buscadores se califica como tratamiento automatizado de datos, aunque “se refieran únicamente a información ya publicada tal cual en los medios de comunicación” (STJUE en el asunto *Google*, § 28).

Esta calificación sujeta a los motores de búsqueda y a los editores de sitios de internet, a las obligaciones derivadas en su día de la Directiva 95/46/CE, y posteriormente del Reglamento (UE) 2016/679. Y entre esas obligaciones están las vinculadas a la garantía de los derechos fundamentales, en particular la intimidad (art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: CDFUE) y la protección de datos personales (art. 8 CDFUE), lo que se traduce en calificar de excesiva la injerencia en esos derechos de la actividad realizada por los buscadores cuando se permite rastrear información sobre una persona introduciendo su nombre, porque ese “tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate” (STJUE en el asunto *Google*, §80).

(.../...)

7. La libertad de información constituye, y así se viene sosteniendo desde la STC 6/1981, de 16 de marzo, no sólo un derecho fundamental de cada persona, sino también una garantía de la formación y existencia de la opinión pública libre que, al ser condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al fun-

cionamiento de un sistema democrático, se yergue en uno de los pilares de una sociedad libre y plural. También es jurisprudencia constante que la garantía de las libertades informativas se vincula a la actividad de los medios de comunicación, debiendo integrarse en esta denominación tanto la prensa escrita, radio y televisión, sea cual sea el soporte a través del cual se difunda su actividad periodística, como los medios de comunicación exclusivamente digitales. Todos ellos desempeñan un papel innegable, en orden a garantizar la plena eficacia del pluralismo, como valor superior del ordenamiento reconocido en el artículo 1.1 CE.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos insiste en que la prensa juega un papel esencial en una sociedad democrática, en la medida en que le incumbe comunicar, en cumplimiento de sus deberes y de sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general (asunto *Jiménez Losantos c. España*, Sentencia de 14 de junio de 2016; asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, Sentencia de 10 de noviembre de 2015; y asunto *Von Hannover c. Alemania*, Sentencia de 7 de febrero de 2012). Ideas e informaciones que, igualmente, nuestro Tribunal ha considerado fundamentales para conformar una opinión pública libre y plural, capaz de adoptar decisiones políticas a través del ejercicio de los derechos de participación contenidos, principalmente, en el artículo 23 CE (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 30/1982, de 1 de junio).

En esta medida la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE, no con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere. Del mismo modo, y por la conexión que existe entre los apartados primero y cuarto del artículo 18 CE, se puede decir que también el derecho a la autodeterminación de datos personales, el derecho a la supresión de esos datos de una base informatizada gestionada por un medio de comunicación, el derecho al olvido respecto de las hemerotecas en suma, puede ceder frente a la libertad de información en determinados supuestos.

La identificación de tales supuestos debe partir del recurso al canon habitual que emplea nuestra jurisprudencia para dirimir la colisión entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad, doctrina por lo demás coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10.1 CEDH (por todas, SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 144/1998, de 30 de julio, FJ 2; 21/2000, de 31 de enero, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 76/2002, de 8 de abril, FJ 3, y 61/2004, de 19 de abril). Pero deben ser añadidas al canon dos variables determinantes en supuestos como el que nos ocupa, porque estamos ante el apartado cuarto del artículo 18 CE con carácter prevalente: el valor del paso del tiempo a la hora de calibrar el impacto de la difusión de una noticia sobre el derecho a la intimidad del titular de dicho derecho, y la importancia de la digitalización de los documentos informativos, para facilitar la democratización del acceso a la información de todos los usuarios de internet.

a) En primer término, la información transmitida debe ser veraz. El requisito de veracidad, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de información colisiona con el derecho al honor, no insta a que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquéllos con la diligencia exigible a un profesional de la información (por todas, STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2). Así, queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error

no afecte a la esencia de lo informado. Cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, la veracidad “no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión” (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). Ello significa que, en términos generales, si la información carece de interés público prevalente, no cabrá excluir la vulneración del derecho a la intimidad porque los hechos íntimos desvelados sean ciertos.

b) Y, junto a la veracidad, la protección constitucional de la libertad de información, y su eventual prevalencia sobre los derechos de la personalidad, exige que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de sean noticiables.

La relevancia pública de la información viene determinada tanto por la materia u objeto de la misma, como por razón de la condición pública o privada de la persona a que atañe. Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, las autoridades y funcionarios públicos, así como los personajes públicos o dedicados a actividades que conllevan notoriedad pública “aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos” (por todas, STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2). En este sentido se ha dicho que, tratándose de personas privadas, incluso cuando la noticia por la materia a que se refiere concierne al interés público, no queda protegido por la libertad de información todo su contenido, sino que cabe reputar desproporcionada la transmisión de aquellos hechos que, dentro de la noticia, afectan al honor o a la intimidad de la persona concernida y que se revelen como “manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información” (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 5).

Y, por lo que hace al contenido de la información, también es doctrina consolidada de este Tribunal que la información sobre sucesos con relevancia penal es de interés general y tiene relevancia pública (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4; 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). Más concretamente, en la última resolución citada, este Tribunal ha declarado que “reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4)”.

Es en este punto donde resulta imprescindible introducir algunos matices a nuestra doctrina previa. Tal y como se viene afirmando, la relevancia pública de la información viene determinada tanto por la materia de la misma como por la condición de la persona a que se refiere. Pero el carácter noticiable también puede tener que ver con la “actualidad” de la noticia, es decir con su conexión, más o menos

inmediata, con el tiempo presente. La materia u objeto de una noticia puede ser relevante en sentido abstracto, pero si se refiere a un hecho sucedido hace años, sin ninguna conexión con un hecho actual, puede haber perdido parte de su interés público o de su interés informativo para adquirir, o no, un interés histórico, estadístico o científico. No obstante su importancia indudable, ese tipo de intereses no guarda una relación directa con la formación de una opinión pública informada, libre y plural, sino con el desarrollo general de la cultura que, obviamente, actúa como sustrato de la construcción de las opiniones. Por esa razón podría ponerse en duda, en estos casos, la prevalencia del derecho a la información [art. 20.1 d) CE] sobre el derecho a la intimidad de una persona (art. 18.1 CE) que, pasado un lapso de tiempo, opta por solicitar que estos datos e información, que pudieron tener relevancia pública en su día, sean olvidados. Por supuesto, cuando la noticia en cuestión ha sido digitalizada y se contiene en una hemeroteca, la afectación del derecho a la intimidad viene acompañada del menoscabo del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

Respecto de esto la STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Times Newspapers Ltd (núm. 1 y 2) c. Reino Unido*, § 45, sostuvo que los archivos periodísticos que se publican en internet contribuyen de forma sustancial a la preservación y accesibilidad de las noticias y la información, constituyendo una fuente importante para la educación y la investigación histórica, particularmente en la medida en que la prensa proporciona dicha accesibilidad en la red de forma fácil y, generalmente, gratuita. En consecuencia –destacó la Corte– aunque la función principal de la prensa en una sociedad democrática es actuar como un vigilante de lo público –acudiendo a la conocida expresión “*public watchdog*”–, cumple igualmente una valiosa función secundaria al mantener y poner a disposición de los lectores los archivos que contienen noticias publicadas tiempo atrás. Sin embargo –terminó diciendo la Sentencia– el margen de apreciación reconocido a los Estados para ponderar los derechos fundamentales en conflicto es mayor respecto de los archivos de hechos pasados, que cuando la información concierne a hechos recientes. Especialmente, en el primer caso, el deber de la prensa de actuar conforme a los principios del periodismo responsable, asegurándose de la exactitud de la información histórica, debería ser más riguroso, dada la ausencia de la urgencia en divulgar el material a la comunidad de destinatarios. Por tanto, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso reconocer que la prensa, al poner a disposición del gran público sus bases de datos de noticias, desarrolla una doble función. Por un lado, la de garante de la pluralidad informativa que sustenta la construcción de sociedades democráticas, y, por otro, la de crear archivos a partir de informaciones publicadas previamente, que resulta sumamente útil para la investigación histórica. Y podríamos concluir que, si bien ambas desempeñan una función notable en la formación de la opinión pública libre, no merecen un nivel de protección equivalente al amparo de la protección de las libertades informativas, por cuanto una de las funciones es principal y la otra secundaria. Y estas consideraciones deben tener un efecto inmediato en el razonamiento, que nos lleve a buscar el equilibrio entre los derechos reconocidos en el artículo 20.1 d) CE y en el apartado cuarto del artículo 18 CE.

c) Por último, es preciso reconocer que la universalización de acceso a las hemerotecas, facilitado por su digitalización, es decir por su transformación en bases de datos de noticias, tiene un efecto expansivo sobre la capacidad de los medios de comunicación para garantizar la formación de una opinión pública libre. Poner a disposición del público un histórico de noticias como el que se contiene en las hemerotecas digitales, facilita que actores del tercer sector, organizaciones civiles, o



ciudadanos individuales puedan actuar, trayendo de nuevo aquí la expresión utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como “perros de guarda” de la sociedad (por todas, STEDH de 8 de noviembre de 2016, asunto *Magyar Helsinki Bizottsag c. Hungría*). Pero también garantiza que los medios de comunicación, la prensa, pueda jugar ese mismo papel, que Estrasburgo califica como indispensable (por todas, STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, §§ 59 y 62, STEDH de 17 de diciembre de 2004, asunto *Pedersen y Baadsgaard*, § 71; STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*, § 79), trayendo al presente hechos o declaraciones del pasado que puedan tener un impacto en el momento presente, y contribuyendo así a efectuar un control político difuso a través de la opinión publicada que impacta en la opinión pública.

No obstante, este efecto expansivo también supone un incremento del impacto sobre los derechos fundamentales de las personas que protagonizan las noticias incluidas en hemerotecas. Esta consideración conduce a la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, *Google Spain S. L contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12* que, en su párrafo 80, recuerda que “un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate”. Por tanto la universalización del acceso a las hemerotecas, como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) de los ciudadanos.

Tal y como argumenta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los derechos de la persona citada en la noticia de prensa indexada, protegidos con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, pueden entrar en conflicto con el derecho de los internautas a acceder a la información disponible en la red o, en el caso que nos ocupa, con el derecho de los medios de comunicación a facilitar dicha información. Y el equilibrio de derechos, en la resolución de ese conflicto, puede depender “en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública” (asunto *Google Spain S. L contra Agencia Española de Protección de Datos* § 81). En esta necesidad de equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa, es en la que hay que tener en cuenta el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación, y sobre la doble dimensión –estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora– de esa función».

(STC 58/2018, de 4 de junio. Recurso de amparo 2096/2016. Ponente: D.<sup>a</sup> María Luisa Balaguer Callejón. BOE 7-7-2018).

## ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal.*

«Es doctrina del Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva del denunciante o querellante no se verá necesariamente afectado, en clave constitucional, por una decisión de inadmisión de la denuncia o querrela; tampoco por una decisión posterior de finalización de la instrucción, con sobreseimiento y archivo de la causa, o por una decisión final sobre el fondo de la pretensión penal deducida. Sólo se verá afectado si la decisión de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de estos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de los medios de prueba; o también cuando, realizadas éstas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

Ello es así porque el ejercicio de la acción penal no comporta, en el marco del artículo 24.1 CE, un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener en la fase instructora un pronunciamiento judicial motivado sobre la calificación jurídica que merecen los hechos, expresando las razones por las que se inadmite su tramitación, o bien se acuerda posteriormente el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión *ab initio* del carácter delictivo de los hechos imputados; o bien, en caso de admitirse la querrela, por la resolución judicial que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento, libre o provisional, de conformidad con los artículos 637 y 641 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) y, dado el caso, por aplicación del artículo 779.1.1 LECrím para el procedimiento abreviado (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, por remisión a otras anteriores).

La persona tenida en el proceso por víctima o perjudicado no tiene, pues, un derecho constitucional a la condena penal del otro (STC 12/2006, de 16 de enero, FJ 2). Así lo ha señalado este Tribunal en multitud de ocasiones, indicando desde sus comienzos que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales [SSTC 147/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FFJJ 4 y 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1; 21/2000, de 31 de diciembre, FJ 2; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7; 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 5, o 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5 a)]. Como expuso la STC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno), y han recordado después las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2, entre otras, “en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi* con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado”. El querellante o denunciante es, por tanto, mero titular del *ius ut procedatur* y, como tal, ostenta el derecho a poner en marcha un proceso, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 12/2006, de 16 de enero, FJ 2, ó 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). Su situación no es diferente cuando alega que la infracción penal consistió en la vulnera-

ción de derechos fundamentales, pues “no form[a] parte del contenido de derecho fundamental alguno la condena penal de quien lo vulnere con su comportamiento (SSTC 41/1997, 74/1997)” (STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2). En suma, el derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo.

(.../...)

Debe recordarse también que, según expresó la STC 229/2003, de 18 de diciembre, en materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad.

(.../...)

La jurisdicción penal solo entra a conocer de cuestiones civiles, administrativas o constitucionales a los meros efectos de la represión (art. 3 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim). Las decisiones de archivo penal que afecten a derechos fundamentales de las partes acusadoras no resuelven por completo sobre los derechos fundamentales sustantivos de quienes ejercen la acusación, sino únicamente desde la perspectiva penal. Ello supone que ni prejuzgan, ni entorpecen la decisión que, en su caso, haya de adoptarse por la jurisdicción competente en el orden no represivo (STC 41/1997, FJ 6, y ATC 175/1997, FJ 4)».

(STC 26/2018, de 5 de marzo de 2018. Recurso de amparo 6491-2016. Ponente D. Alfredo Montoya Melgar, BOE 13-4-2018).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.*

«El derecho a la intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es presupuesto lógico para el ejercicio del derecho del justiciable a instar la ejecución de lo juzgado (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2, y 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 2). Es importante destacar que, como se recuerda en la STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 4, con cita de la STC 53/2007, de 12 de marzo, FJ 2, el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes es una consecuencia, tanto del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), como, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), habida cuenta de que “este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en el mismo no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales establecidos para ello” (SSTC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2, y 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, entre otras), pues si el órgano jurisdiccional modificara una Sentencia fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial, puesto que ésta carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por resolución firme (SSTC 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4, entre otras). Por ello, “el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad” (SSTC 48/1999,

de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 96/2005, de 28 de abril, FJ 5, y 115/2005, de 9 de mayo, FJ 4)».

(STC 35/2018, de 23 de abril. Recurso de amparo 1246/2016. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 29-5-2018).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.*

«El derecho a un proceso con todas las garantías, que junto con el derecho de defensa se invoca por los recurrentes como vulnerado al haber sido condenados en segunda instancia, tras revisar una previa absolución, ha sido objeto en nuestra doctrina de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumania*). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se des-

carta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3. o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

7. Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó “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” (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto *Marcos Barrios c. España*, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto *García Hernández c. España*, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§ 41 a 46).

Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado “de manera consciente y deliberada” a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una

nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)».

(STC Pleno 146/2017, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1659/2016. BOE 17-1-2018. En el mismo sentido, SSTC 36/2018 y 37/2018, ambas de 23 de abril. BOE 29-5-2018, y STC 59/2018, de 4 de junio. BOE 7-7-2018).

*Presunción de inocencia. Vulneración cuando se condena en segunda instancia sin someter a valoración el testimonio exculpatorio de los acusados.*

«Este Tribunal ha reiterado, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que sólo quepa considerar vulnerado este derecho cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 16/2012, de 13 de febrero, FJ 3). Igualmente también se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Como señalara el Pleno de este Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y reiterara la STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9, “tomando en consideración el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la proyección que sobre el mismo puede tener la previa lesión del derecho a un proceso con todas las garantías por una condena en segunda instancia, debe concluirse que, con carácter general, la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías –esté vinculado con la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías o con no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído–, no necesariamente tiene una repercusión inmediata en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías puede llegar a determinar la anulación de la Sentencia condenatoria y la retroacción de actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con dicho derecho”.

Sin embargo y como sigue argumentado la citada Sentencia, “cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinaría la anulación de la Sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones”.

A conclusión idéntica debe llegarse cuando la parte esencial de la actividad probatoria sobre los elementos subjetivos del delito de que se trate –como ocurre en el presente caso con el ánimo de llevar a cabo la conducta antijurídica a través del dictado de una resolución administrativa ilícita o contraria a Derecho a sabiendas de su ilicitud– no haya sido objeto de consideración por el órgano judicial de revisión con las debidas garantías, dado que, como en esta ocasión acontece, la concurrencia de dicho elemento subjetivo solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de los acusados con publicidad, inmediación y contradicción, pues la ponderación de dichos testimonios es absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad de los acusados y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatario, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por aquéllos.

Por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpatario de los acusados, practicado a presencia del órgano judicial que condenó, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)».

(STC 59/2018, de 4 de junio. Recurso de amparo 4731/2017. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Re. BOE 7-7-2018).

## ARTÍCULO 25.2

### *Resocialización de las penas.*

«Existe una doctrina reiterada acerca del alcance que ha de darse a la previsión de un principio de resocialización en el artículo 25.2 CE, doctrina que precisa que el referido precepto constitucional no otorga, frente a lo que erróneamente afirma el Juez de lo Penal, un derecho subjetivo a la resocialización, sino que tiene, antes bien, el valor de principio orientador de la ejecución de las penas privativas de libertad, sin integrar en ningún caso el derecho fundamental a la legalidad penal contemplado en el apartado primero del mismo precepto. Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio, este Tribunal ha venido afirmando, así, que el artículo 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4).

Obviamente, como principio material constitucional, el valor de la resocialización es primordial, tal y como ha tenido este Tribunal la oportunidad de señalar en las resoluciones antes citadas, pero es igualmente claro que el artículo 25.2 CE no deter-

mina, en ningún caso, una obligación del legislador de contemplar específicos institutos resocializadores, ni mucho menos le impone una obligación adicional de darles un determinado y concreto contenido. Sin que pueda descartarse una proyección legislativa de ese principio en el ámbito de las penas de prisión de larga duración, lo cierto es que, en el ámbito de las penas cortas de prisión (que es el propio de la suspensión de la ejecución de la pena), el juego de la discrecionalidad legislativa es, según hemos reconocido, amplísimo, pues el artículo 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad” (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6, y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2); sin que haya de considerarse contraria a la Constitución “la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad” (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre; 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6, y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

Ciertamente, el fin resocializador guía, junto a evidentes razones de gestión económica de la política penitenciaria, la regulación legal del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena y así lo hemos señalado reiteradamente en nuestra propia doctrina (SSTC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3; STC 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2, y 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2). Ahora bien, una vez que la regulación del instituto tiene un contenido determinado, que el legislador ha decidido en uso de su legitimación democrática, no puede ignorarse que la eficacia del artículo 25.2 CE se proyecta, como ha declarado este Tribunal, sobre la interpretación judicial de dicha regulación, exigiéndose al juez el cumplimiento de un deber de motivación reforzada (art. 24.1 CE en conexión con el art. 25.2 CE). Es, pues, en ese estadio de aplicación judicial de la regulación discrecionalmente decidida por el legislador donde el juez ha de proyectar los efectos del principio resocializador, pues éste “opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran” (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4)».

(ATC del Pleno 3/2018, de 23 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 4074/2017. BOE 21-2-2018).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 80

#### *Beneficio de la suspensión de las penas. Cumplimiento de la condición tercera sobre el pago de la responsabilidad civil.*

«De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la suspensión de la ejecución de la pena tampoco afecta directamente al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE). Según hemos señalado, la suspensión de la ejecución no es el título habilitante de la pérdida de libertad, sino una incidencia ejecutiva que modaliza, en beneficio del reo, el cumplimiento de la pena impuesto en dicho título, que es la sentencia condenatoria (por todas, STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4). El artículo 17 CE tampoco puede resultar, por ello, directamente comprometido en la regulación de la suspensión que se cuestiona, proyectando, eso sí, sus efectos, sobre la interpretación judicial de dicho instituto, que está también sujeta a un deber reforzado de motivación



(art. 24.1 CE en relación con el art. 17 CE), dentro del marco regulativo fijado por el legislador de forma discrecional (STC 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).

(.../...)

Lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto.

La clave del nuevo sistema no es, en cualquier caso, dejar fuera de la suspensión a los que son insolventes en el momento en que se ha de decidir sobre su concesión (privilegiando, en cambio, incomprensiblemente a los que resultan insolventes en el momento posterior del impago). Se trata, antes bien, de vincular la concesión de la suspensión, en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que circunstancialmente pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades, de modo que dicho deber no desaparezca rituariamente al inicio de la ejecución de la condena, exigiéndose en todo momento una actitud positiva hacia el cumplimiento de la responsabilidad civil. Las razones por las que la indemnización no resulta, finalmente, satisfecha se valoran, por ello, como el legislador advierte expresamente en el preámbulo y materializa normativamente en el citado artículo 86.1 d) CP, en el momento en que el plazo conferido expira sin que se haya pagado.

Es fácil concluir, por ello, que la regulación cuestionada se limita a arbitrar un sistema en el que no se exige *ab initio* al penado de la obligación de indemnizar y en el que el condenado debe asumir la obligación de realizar un cierto esfuerzo para resarcir a su víctima, si quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta. Si ese resarcimiento no llega a producirse por razón de la precaria situación económica del reo, la suspensión no se verá en ningún caso revocada. Esto evidencia que la diferencia de trato que el órgano judicial echa en falta en la regulación en vigor sigue, en realidad, existiendo, pues el insolvente sigue disponiendo en el régimen legal actual de una norma legal que contempla expresamente su situación, habiéndose limitado el legislador a desplazarla a un momento procesal distinto, más acorde a la nueva estructura del sistema de suspensión de la ejecución de la pena.

Nada se encuentra, en definitiva, en la regulación penal cuestionada que pueda entenderse como una regla impeditiva de la concesión de la suspensión de la ejecución a quien no puede hacer frente a las responsabilidades civiles por falta de capacidad económica, situación que, además, está expresamente prevista en el momento de decidir sobre la revocación del beneficio. La interpretación efectuada por el órgano judicial, que achaca a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, una voluntad implacable de obstaculizar el acceso a la suspensión de los delincuentes en situación de indigencia, no tiene, por tanto, un fundamento jurídico mínimamente sólido, como acredita igualmente la práctica judicial generalizada a la que el propio Auto de planteamiento alude, calificándola de “perversa”».

(ATC del Pleno 3/2018, de 23 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 4074/2017. BOE 21-2-2018).

## ARTÍCULO 368

*Vulneración del principio de legalidad penal. Exigencia de taxatividad y certeza. Error de prohibición vencible.*

«Los recurrentes consideran que la descripción de la conducta típica contenida en el artículo 368 CP incumple la exigencia de taxatividad por el uso de conceptos jurídicos indeterminados en su redactado, lo que conduce a una “insoponible acumulación de elementos vagos e indefinidos”, sin que, a juicio de los demandantes, sean precisos los términos “de otro modo”, “promover, ofrecer o facilitar” el “consumo ilegal”, siendo especialmente inconcreto el bien jurídico la “salud pública”. Debe precisarse que, de compartirse dicha premisa, sería obligado plantear cuestión interna de constitucionalidad del precepto en los términos del artículo 55.2 LOTC.

a) Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), se articula a través de una doble garantía: material y formal. La primera –que es la que eventualmente se vulnera a juicio de los demandantes– es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las “normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever.

b) La redacción del artículo 368 CP (“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”), no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria. La utilización de verbos de uso habitual en el lenguaje y de conocimiento accesible como cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no dejan en la indefinición la conducta típica. Al contrario, la esfera del comportamiento ilícito es perfectamente

inteligible, conforme a valores socialmente arraigados, siendo razonablemente factible y previsible su concreción mediante criterios comunes a la experiencia humana. Conviene en este punto recordar que, “dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinakis*, antes citado, § 40, y *Cantoni*, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris*, antes citado, § 141).” (STEDH, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada contra España*, § 92)

(.../...)

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal relativa al artículo 25.1 CE, la constitucionalidad de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, como de su previsibilidad, que debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Por ello, no solo vulneran el derecho fundamental a la legalidad sancionadora aquellas aplicaciones de la norma sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que son constitucionalmente rechazables aquellas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (por todas, SSTC 54/2008, de 14 de abril, FJ 4; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5).

En el examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora, el primero de los criterios a utilizar es la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma, con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. A dicho criterio inicial se añade un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, dirigido a comprobar que la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, consistente en verificar la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional (SSTC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 45/2013, de 25 de febrero, FJ 2; 193/2013, de 2 de diciembre, FJ 5; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, 2/2015, de 19 de enero, FJ 8, y STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2).

b) Como resulta de los antecedentes, la STS 484/2015 examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, partiendo del análisis del elemento normativo del tipo “consumo ilegal”, bajo el prisma de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia precedente, y lo define como: “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” (STS 670/1994, de 17 de marzo). Por otra parte, la Sentencia descarta que el autoconsumo, salvo que lo sea para usos médicos o de investigación científica, sea legal, pese a ser atípico penalmente. Indica que de la literalidad del artículo 368 CP resulta castigada toda actividad que promueva el

consumo ilegal caracterizado por la alteridad, esto es, en cuanto tiene como destino la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros. Ahora bien, no solo se considera atípica la conducta de facilitar o favorecer el consumo propio, sino que por la desmesurada extensión de la conducta, combinada con la atipicidad del autoconsumo, el Tribunal Supremo reconoce también la ausencia de sanción de la conducta de consumo compartido cuando concurren cuatro condiciones, reiteradas en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se indican: i) que se trate de consumidores habituales o adictos; ii) que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado, evitando de este modo la promoción pública y difusión de la sustancia; iii) que el consumo quede circunscrito a un grupo reducido de adictos, identificados y determinados y iv) finalmente, que la cantidad de droga no rebase la necesaria para el consumo inmediato.

(.../...)

No contraviene el tenor literal del precepto considerar subsumibles en el tipo penal las actividades dirigidas a facilitar cannabis a consumidores o consistentes en cultivar, producir, preparar, envasar y entregar la sustancia tóxica a los socios para su consumo, así como en tener a disposición para su entrega de una importante cantidad de cannabis (un total de 4.750 gramos). Como tampoco resulta extravagante, ni desborda los contornos del artículo 368 CP, entender que una asociación dedicada a cultivar y facilitar cannabis a sus miembros, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado e indeterminado de personas, no deba verse beneficiada por la exoneración de la responsabilidad penal derivada del consumo compartido.

Idéntica conclusión debemos alcanzar, cuando la segunda Sentencia del Tribunal Supremo, al determinar la pena que debe ser impuesta a los acusados, considera la existencia de un error de prohibición vencible. El Tribunal Supremo entiende que el error era vencible, en tanto que era evitable, pues los recurrentes albergaban dudas sobre la ilicitud de su conducta y sin embargo no trataron de verificar si esa actividad era conforme a derecho. La Sentencia argumenta la existencia de tales sospechas de ilicitud, aludiendo, entre otras razones, a la existencia de un precedente jurisprudencial que resuelve un caso similar citado por el Tribunal Supremo y a la evidencia de que la conducta de los recurrentes desbordaba los contornos del atípico consumo compartido. En este aspecto la queja de los recurrentes no se enmarca en un problema de subsunción penal, sino que se limita a exteriorizar la mera discrepancia por la inferencia alcanzada en la Sentencia.

Finalmente, tampoco la subsunción penal puede considerarse intolerable desde los fundamentos teleológicos de la norma, en conexión con el bien jurídico protegido, ni reprochable desde la perspectiva axiológica, al no contravenir valores, principios contenidos en la Constitución y en diversos convenios internacionales, entre otras, la Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961, que reconoce que la “toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad” y 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».

(STC Pleno 146/2017, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1659/2016. BOE 17-1-2018. En el mismo sentido, STC 36/2018, de 23 de abril. Recurso de amparo 1846/2016. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 29-5-2018).

## ARTÍCULO 384

*Vulneración principio de taxatividad. Cuestión de inconstitucionalidad del inciso segundo del párrafo segundo*

«Hemos afirmado reiteradamente que el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4). Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 CE e implica, al menos, tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

En la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal, nuestra jurisprudencia ha establecido que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla exigencias más intensas de taxatividad, y también de proporcionalidad, en el caso de las normas penales. Esto se debe, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la norma que los genera (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7).

Existe un cuerpo regular y estable de doctrina constitucional en relación con la garantía material de taxatividad invocada por el promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad. A través de dicho proceso corresponde al Tribunal Constitucional enjuiciar en abstracto las normas penales para comprobar su adecuación a las exigencias del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

La exigencia de taxatividad –hemos dicho– impone al legislador penal “el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”; definición que ha de ser precisa, esto es, dotada de la suficiente concreción de las conductas descritas en la norma que son presupuesto fáctico de su aplicación (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FJ7; 53/1985, de 11 de abril, FJ 10; 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 146/2017, de 14 de diciembre, con cita de las SSTC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, y 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2).

El mandato de taxatividad refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica y personal en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce “en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción” (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2, y 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6). De este modo, los ciudadanos

podrán predecir, con un grado suficiente de certeza, “las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3). En consecuencia, hemos afirmado que no cabe constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas –por su amplitud, vaguedad o indefinición–, que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio, FJ 2; 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

Dada la amplitud de este canon de enjuiciamiento, este Tribunal ha definido tres criterios básicos, más específicos, dirigidos a realizar el enjuiciamiento constitucional de la taxatividad de las normas penales: la posibilidad de determinación de la norma por el aplicador judicial (SSTC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3); la eventual existencia de una necesidad intensificada de tutela penal, que puede modular las exigencias de predeterminación normativa (fundamento jurídico 3 de la STC 151/1997, FJ 3); y el ámbito de destinatarios de la norma (STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 6), en cuanto les permite conocer con mayor facilidad el sentido de los conceptos que en ella se utilizan.

De ellos, resulta preciso en este caso destacar el primero, en cuanto los términos supuestamente imprecisos de una norma penal, ya sea por su dicción literal o por su puesta en relación con otras normas, pueden haber quedado clarificados por una interpretación regular y estable de la jurisprudencia aplicativa. En efecto, para realizar el juicio de constitucionalidad de una norma penal desde la perspectiva de taxatividad que ha sido propuesta, resulta relevante tomar en consideración el contexto legal y la jurisprudencia aplicativa en la que el precepto penal se inscribe (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 6; y 270/1994, de 17 de octubre, FJ 6), así como la propia evolución del precepto a lo largo del tiempo y su interpretación judicial regular y estable, dado que “el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada, dentro de la cual adquieren sentido y significación propia –también en el ámbito penal– cada uno de los preceptos singulares” (STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2). En tal medida, añadimos en la citada resolución, la suficiencia o insuficiencia de la labor legislativa de predeterminación normativa debe valorarse tomando en consideración lo que hemos denominado “el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto penal se inscribe”.

De esta forma, nuestra jurisprudencia ha señalado que, en muchas ocasiones, en un proceso normal de adaptación y aplicación de la ley, el problema de constitucionalidad analizado “se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma”, de modo que el aparente déficit de precisión de la ley deviene compatible con las exigencias del principio de legalidad cuando la aplicación judicial del precepto se colma a través de una subsunción motivada (STC 151/1997, FJ 3).

5. Como antes hemos expuesto, la duda de constitucionalidad no se construye en el Auto de planteamiento a partir de los propios términos del precepto penal cuestionado, cuya inteligencia es clara, sino desde la subjetiva interpretación que el juzgador lleva a cabo de este tras ponerlo en relación con una infracción administrativa que describe una conducta que considera idéntica a la recogida en el tipo penal. El juez promotor considera que el precepto penal cuestionado es indeterminado porque no permite establecer la línea que separa el delito de la infracción administrativa.

Para analizar dicha premisa conviene destacar de nuevo las conductas descritas en las dos normas tomadas en consideración por el juez. Según el artículo 384 CP es delito “conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”; conforme al artículo 77 k) del Real Decreto Ley 6/2015,

de 30 de octubre, constituye infracción administrativa “conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente”.

La puesta en relación de las conductas a que se refieren el precepto penal y el administrativo sancionador permite apreciar, de forma natural, que no son idénticas, lo que permite cuestionar por erróneo el punto de partida del razonamiento judicial que pretende fundamentar la duda y, por tanto, la duda misma. Mientras el tipo penal sanciona a quien conduce un vehículo o ciclomotor sin haber obtenido nunca un permiso o licencia que habilite a conducirlos, cualesquiera que sean sus características, el tipo administrativo califica como sancionable la carencia de autorización administrativa específica para conducir el concreto vehículo o ciclomotor que se maneja, pero sin excluir que el conductor tenga licencia para conducir otro distinto.

Como señala el Fiscal General del Estado, remitiéndose a la jurisprudencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (STS núm. 369/2017, de 22 de mayo, de la que otras posteriores y recientes son secuela), las conductas descritas en ambos preceptos son distintas, aun cuando la que es penalmente relevante incluye siempre la segunda, pero no a la inversa: en el primer caso se exige que el sujeto activo de la conducta no haya obtenido en ningún momento licencia para conducir cualquier tipo de vehículo a motor o ciclomotor; mientras en el segundo, de forma más limitada, la autorización administrativa para conducir obtenida por el autor de la conducta no es adecuada al tipo de vehículo con el que se circula. La sanción administrativa más leve se prevé para quien, habiendo superado las comprobaciones correspondientes para circular en la vía pública con algún tipo de vehículo de motor o ciclomotor y habiendo obtenido la licencia correspondiente, lo hace con uno que no se corresponde con la categoría administrativa de la licencia obtenida. La conducta sancionada administrativamente puede ser considerada por el legislador de menor gravedad en cuanto el peligro abstracto para la circulación que genera está en relación con la categoría del vehículo que se conduce, pero no con el hecho de no haber superado nunca las pruebas oportunas que habilitan para circular en la vía pública con un vehículo o ciclomotor».

(ATC Pleno 67/2018, de 20 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad 6104/2017. BOE 25-7-2018).

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 44.1A)**

*Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones.*

«En efecto se advierte la falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución de la Audiencia Provincial de Cádiz para denunciar la incongruencia omisiva que se aduce y la falta de motivación en la que se dice habría incurrido ese órgano judicial al resolver el recurso de apelación frente a la decisión inicial de sobreseimiento. A esas pretensiones que están incursas en ese óbice procesal de conformidad con lo dispuesto el artículo 44.1 a) LOTC, se añade no obstante otra: la relativa a la desatención, ya por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cádiz como después, confirmando su criterio, por la propia Audiencia

Provincial de Cádiz, de la doctrina constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

En esta tipología de casos la disyuntiva es la siguiente: inadmitir el recurso en las quejas referentes a las pretensiones que no fueron debidamente formalizadas en el proceso agotando la vía judicial en sus remedios y recursos procedentes, o, alternativamente, y de conformidad con aquel efecto reflejo o de arrastre, considerar que todo el recurso queda afectado por ese déficit de agotamiento, pues es patente que, desde un enfoque estrictamente formal, de la utilización de esos cauces procesales podría haberse derivado un distinto resultado en el proceso, también para las quejas que ahora se suscitan y no precisaban, autónomamente consideradas, de nuevas reacciones procesales en la vía judicial previa, al haber sido ya planteadas en el proceso y resueltas en las resoluciones judiciales dictadas.

Pues bien, el “efecto de arrastre” de la falta de interposición de un recurso o remedio procesal apto tuvo protagonismo en el ATC 7/2009, de 14 de enero, como después en los AATC 106/2015, de 15 de junio, y 176/2015, de 30 de octubre, sin haber dado lugar, sin embargo, a un cuerpo de doctrina que refleje con suficiente detalle el criterio a seguir en estos casos.

Siendo evidente ese efecto reflejo potencial que podría hacer confluir el destino de unas y otras pretensiones en la fase de admisibilidad (en el presente recurso por las consecuencias que podría haber conllevado una eventual estimación del incidente de nulidad de actuaciones no interpuesto), esa circunstancia no significa, sin embargo, que concurra en esa tipología de casos un óbice de admisibilidad en relación con las quejas de amparo que fueron oportunamente denunciadas y respecto de las cuales el recurrente cumplió la carga de agotar la vía judicial.

(i) La única realidad procesal innegable es que el óbice de falta de agotamiento afecta singularmente a la violación estrictamente imputable a la última resolución judicial. En el escenario descrito, en efecto, el resto de lesiones acaecidas con anterioridad sí fueron pertinentemente denunciadas y agotada la vía judicial respecto de las mismas. Por ello, la posibilidad de interponer recurso de amparo en relación con estas es plenamente coherente con la subsidiariedad del recurso. Una consideración diferente haría de peor condición a quien sufrió una violación (normalmente procesal) adicional en la resolución que cerró el proceso respecto de quien padeció únicamente la lesión (muchas veces sustantiva) previa, ya que para acudir en amparo contra esta última se le impondría al primero una carga de denuncia que no pesa sobre quien solo se duele de la supuesta violación precedente. Desde esa lógica, la inadmisión general de todos los motivos de amparo por falta del agotamiento debido de la vía judicial constituiría un resultado formalista y desproporcionado a la falta de diligencia del recurrente.

(ii) El criterio del efecto arrastre es formalista, de otro lado, por su dudosa utilidad práctica. No puede ignorarse, en este punto, que el orden de tratamiento de las quejas formuladas en amparo, conforme al criterio de mayor retroacción que tantas veces hemos establecido (por todas, recientemente, STC 83/2018, de 16 de julio, FJ 2), obliga a comenzar por la lesión precedente, esto es, a conceder prioridad al examen de aquellas causas que, de prosperar, determinarían la retroacción a un momento procesal anterior, lo que haría innecesario un pronunciamiento sobre las restantes, circunstancias ésta que resta trascendencia a la existencia de una lesión (normalmente procesal) posterior acumulada.

Así ocurre especialmente en los amparos mixtos, donde el Tribunal sigue el criterio de comenzar el examen por la vulneración cometida por la Administración, pues “la citada regla de ordenación resulta desde luego oportuna para impedir, entre otras consecuencias no deseables, que se produzca una demora en la protección del



derecho sustantivo realmente en juego y no hacer de peor condición a quien, además de haber padecido una lesión constitucional causada por la Administración, hubiera sufrido también una infracción con origen en la actividad de los órganos judiciales, pues, mientras que en este último caso el recurrente obtendría una reparación inmediata en sede de amparo, en el primero conseguiría simplemente la retroacción de las actuaciones a la jurisdicción ordinaria” (STC 194/2013, de 2 de diciembre, FJ 2).

(iii) Los resultados a que puede conducir el efecto de arrastre, por lo demás, serían paradójicos. Así, si el recurrente se aquieta con la última vulneración y decide no denunciarla en su demanda de amparo esta podría ser admitida. En cambio, denunciar en la demanda de amparo la lesión sufrida en la última resolución dictada, aunque sea una denuncia puramente incidental y sin el agotamiento debido de la vía judicial, daría como resultado la inadmisión de su demanda de amparo. Uno y otro caso no presentan materialmente, en verdad, diferencia alguna respecto de las denuncias que fueron correctamente articuladas en el proceso con los recursos y remedios procesales correspondientes, pero la decisión del Tribunal, derivada del efecto de arrastre, sería muy distinta. Y no vemos razón solvente, salvo la puramente formalista que no podemos acoger, que justifique tal diferencia de tratamiento. Una conclusión que se entendería menos aun cuando se trata, como en el presente caso, de la no interposición de un incidente de nulidad de actuaciones, en el que no se persigue “agotar la vía judicial”, entendida como sistema de recursos generalmente previsto ante los órganos del Poder Judicial, sino de utilizar un remedio extraordinario que sólo se dirige frente a lesiones que no hayan podido denunciarse en el seno de esa vía judicial ordinaria. Si no se utiliza ese remedio extraordinario, la vulneración concreta no puede ser sustanciada en el proceso de amparo, es cierto, pero, en contraste, no advertimos razón alguna por la que esa circunstancia deba extender sus efectos sobre las vulneraciones que han sido oportunamente debatidas en el curso del proceso judicial.

En suma, la posición según la cual la falta de denuncia de la última vulneración (por lo común procesal) consumada debe arrastrar todas las anteriores se funda en un criterio rigorista que no tiene asiento en el sistema de nuestra Ley Orgánica, ya que (y solo de ese supuesto nos ocupamos) las lesiones previamente acaecidas han sido temporáneamente denunciadas y se ha agotado la vía judicial respecto de ellas.

Por todo ello, la decisión que corresponde en estos casos, como ocurre en el presente recurso respecto de los déficits de motivación y congruencia alegados frente a la resolución que cerró el proceso, es la de apreciar el óbice de falta de interposición de incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial solo para dichas quejas, aquí autónomamente imputadas a la Audiencia Provincial. Una circunstancia que implica de modo derivado, por tanto, una posible decisión de admisión del recurso en lo que atañe a las demás denuncias, ya que nada impide, descartado el efecto arrastre en los términos descritos y como se desprende del artículo 50.1 LOTC, la admisión de la demanda para la sustanciación de las vulneraciones adicionales aducidas, conforme a lo dispuesto en tal precepto y siempre que se cumplan los requisitos de admisibilidad del elenco que esa previsión normativa contiene, al ser posible la admisión del recurso de amparo “en todo o en parte”, dice la Ley Orgánica (ATC 233/2009, de 10 de septiembre, FJ 2)».

(STC 101/2018, de 1 de octubre. Recurso de amparo 396/2017. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Re. BOE 1-11-2018).

## ARTÍCULO 44.1C)

*Invocación previa, en el proceso, de la vulneración del derecho fundamental*

«Uno de los requisitos que exige el artículo 44 LOTC es “[q]ue se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional, tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello” [apartado primero c)]. La razón de esta invocación previa, como tantas veces hemos dicho, “tiene la doble finalidad de, por una parte, que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo” [entre las últimas, SSTC 118/2014, de 8 de julio, FJ 2 a); 128/2014, de 21 de julio, FJ 2 a); 75/2014, de 3 de noviembre, FJ 2, y 77/2015, de 27 de abril, FJ 1 b)]».

(STC 35/2018, de 23 de abril. Recurso de amparo 1246/2016. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. BOE 29-5-2018).

ARTÍCULO 49.1, *IN FINE**Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.*

«Aunque ninguna de las partes comparecidas en este proceso ha puesto en duda la concurrencia de dicho presupuesto, en la medida en que se trata de un requisito para su admisión según los artículos 49.1 y 50.1 b) LOTC, y por lo tanto de una cuestión de orden público procesal (entre otras, STC 222/2016, de 19 de diciembre, FJ 2), las exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*, § 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo a fin de hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal. Como se ha declarado, entre otras muchas, en las SSTC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2, y 14/2017, de 30 de enero, FJ 3, corresponde únicamente a este Tribunal apreciar en cada caso si concurre tal “especial trascendencia constitucional”, o lo que es lo mismo, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales [artículo 50.1 b) LOTC].

En este caso, el Tribunal ha apreciado, en la providencia de admisión a trámite del recurso, que éste plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)]. En efecto, aún no hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre el “derecho al olvido” o “derecho al olvido digital” como posible proyección del derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) o a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE), en relación con las hemerotecas digitales y su eventual consideración como uno de los ámbitos a través de los cuales se puede manifestar el ejercicio de las libertades infor-

mativas. Los avances tecnológicos y el fenómeno de la globalización a través de internet y de otras vías dan lugar a nuevas realidades que, de una u otra forma, pueden incidir sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, su delimitación y su protección, lo que obliga a este Tribunal a una constante labor de actualización de su doctrina para adecuarla a la cambiante realidad social, con el fin de dar una respuesta constitucional a esas nuevas situaciones, que, por otro lado, es algo inherente al propio fundamento de la reforma del recurso de amparo introducida en nuestra Ley reguladora por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo».

(STC 58/2018, de 4 de junio. Recurso de amparo 2096/2016. Ponente: D.<sup>a</sup> María Luisa Balaguer Callejón. BOE 7-7-2018).

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado Contratado Doctor)  
de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

### ARTÍCULO 11 CP

*Comisión por omisión. Posición de garante. Padres e hijos: muerte de la madre por la grave desatención de los hijos: testifical y pericial sobre el lamentable estado que tenía en el momento del fallecimiento.*

(...) Debe dejarse claro, pues, la obligación de los hijos de atender a sus padres, como obligación, no solo natural, sino como obligación civil, que desemboca en el ámbito penal, cuando ante la posición de garantes de los hijos respecto de sus padres, aquéllos les desatienden con resultados semejantes a los que aquí constan, falleciendo la víctima ante la absoluta desidia y desatención de los hijos, que, ante la evidencia de la necesidad de atención, no solo personal, sino, también, médica le dejan morir de forma cruel, como consta en el relato de hechos probados (...).

(...) La omisión, como ilícito penal, concurre con claridad en los casos de graves incumplimientos de las obligaciones de atención y cuidado que desembocan en un resultado lesivo o mortal, como en este caso, ya que concurre un nexo de unión o de causalidad entre la omisión grave y el resultado producido. Recordemos que el artículo 142 CC señala que: Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y el artículo 143 CC añade, como complemento, que Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. Se atiende, así, a una obligación de carácter civil, en principio, pero que puede y debe tener efectos en el orden penal si, como consecuencia de ese incumplimiento grave, se produce una situación en nexo cau-

sal con el incumplimiento de la obligación de garantes que existe en derivación de esa inicial obligación civil. De esta manera, el resultado mortal irrumpe en el nexo causal relacionado directamente con un omitir que lleva como consecuencia a la muerte de la persona que tiene el derecho a recibir la atención médica y el cuidado por el obligado a prestarlo, que en este caso no son otros que sus propios hijos. Distinto sería que aun ante el incumplimiento propio de la obligación se busquen, al menos, los medios para que esta obligación de cumpla por tercero, pero si esta tampoco se busca se produce una situación omisiva grave de la que deriva no solo una responsabilidad por el mero acto del abandono, sino, también, por el resultado final que es el desencadenante de la omisión previa del cumplimiento de la obligación de cuidado y atención.

Bajo esta posición, los hijos tienen esta obligación que no solo es natural, sino jurídica cuando los padres no pueden cuidarse por sí solos. Se trata de una obligación de derecho natural en esencia, pese a su plasmación posterior en normativa civilística en cuanto regula los alimentos entre parientes.

Puede llegar a afirmarse, pues, que los hijos tienen una obligación superior a la moral de atender a sus padres cuando éstos han alcanzado una edad que no pueden valerse por sí mismos, y aparecen como garantes de esa atención indispensable que los hijos deben prestar a sus padres en sintonía con la reciprocidad de la atención que éstos tuvieron con ellos prestando los debidos cuidados y atención cuando los necesitaban por no poder valerse, de igual modo, por sí mismos. En el caso de que esa obligación no se cumpla debidamente, en una u otra dirección, y se incumpla gravemente la tutela de garante que ambos tienen en distintas épocas de la vida se convierte en una obligación legal incumplida, que acarrea responsabilidades que, en este tipo de casos, como se constata en el relato de hechos probados, tiene un alto grado de reprochabilidad, no solo social, que la tiene, sino también, y sobre todo, penal.

(...) La posición de garante: En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 64/2012 de 27 Ene. 2012, Rec. 598/2011 se trató de un tema en el que la posición de garante era de la madre respecto de la hija, y se hizo constar que:

«En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado.

En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores».

Incidimos en este caso en que la posición de garante a lo largo de la vida en el círculo familiar empiezan a tenerla los progenitores frente a sus hijos menores, pero, también, mucho más tarde, los hijos respecto a los padres cuando éstos, por su avanzada edad, y su falta de autonomía y absoluta dependencia, están necesitados de una ayuda por su entorno familiar, que son sus hijos.

Y son responsables penalmente ante un estado de abandono absoluto de éstos, siendo quienes, por su cercanía y descendencia, deben atenderles, pudiendo hacerlo, y no delegando esta obligación natural y jurídica en terceros. Es esta inacción ante una necesidad lo que les hace responsable por omisión ante el previsible resultado mortal que les pueda ocurrir a quienes están a su cuidado si queda probado, como en este caso ocurrió, que este fatal desenlace se produce, precisamente, por el estado de abandono en el que dejan a la madre. Y ello, es hecho perfectamente probado.

La única opción de no aplicarles a los hijos esta responsabilidad como garantes se centra en que hubieran dispuesto una cobertura de esa asistencia en terceras personas a quienes por contrato, u otro mecanismo, se les hubiera adjudicado la asistencia a los progenitores, con lo que esta posición haría entrar a los hijos en una «desatención más moral» que punible, ya que habrían traspasado contractualmente esta obligación en este tercero, pero, al menos, habría cubierto esta obligación, aunque depositándole en personas que les van a atender médicamente, y en muchos casos con la profesionalidad que conlleva una atención personal que aunque no puede sustituir a un hijo, sí, al menos, intentar hacerlo ante el abandono de su responsabilidad moral por los hijos.

(STS 459/2018 de 10 de octubre).

## ARTÍCULO 14 CP

### *Error de tipo y error de prohibición. Caso Tarjetas Black.*

(...) El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14-11; 865/2005, de 24-6; 181/2007, de 7-3; 753/2007, de 2-10; 353/2013, de 19 de abril; y 816/2014, de 24-11). Esta Sala tiene dicho también que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar. (STS n.º 670/2015, de 30 de octubre).

Por otro lado, es preciso tener en cuenta las características personales del autor, sus condiciones psicológicas y de cultura, incluso, a efectos de la vencibilidad, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, de 30-5). 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 (STS 1238/2009, de 11-12; y 338/2015, de 2-6 y STS n.º 670/2015, de 30 de octubre). El error de tipo, recae sobre un elemento sustancial de la infracción criminal, de modo que el agente valora erróneamente un elemento del tipo, a pesar de conocer que, de haberlo valorado correctamente, ese comportamiento estaría prohibido como delictivo por la norma con carácter general (error de prohibición). Así pues, mientras que el error de prohibición excluye la culpabilidad, el error de tipo excluye el dolo, al no considerar existente o haber valorado erróneamente un elemento del tipo. Pero con la conciencia de que, si los hechos fueran como resultaría de una correcta valoración de ese elemento, la conducta sería constitutiva de delito. En este sentido, STSn.º 749/2017, de 31 de octubre.

El dolo es un elemento subjetivo de la tipicidad o, con otras palabras, se integra en el tipo subjetivo, mientras que la conciencia de antijuricidad pertenece a la culpabilidad. El dolo exige el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de ejecutar la conducta, mientras que la conciencia de antijuricidad supone la apreciación de que la ejecución de esos elementos del tipo es antijurídica. El error de tipo supone la creencia errónea acerca de la concurrencia de alguno de los elementos del tipo. El error de prohibición, partiendo de una creencia adecuada sobre la concurrencia de los elementos del tipo, implica la creencia errónea de estar actuando conforme a Derecho. La distinción no es fácil cuando se trata de error sobre los elementos normativos del tipo que determinan la antijuricidad, pero, aun existiendo diversas posiciones doctrinales, la doctrina mayoritaria sostiene que los errores sobre elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, son siempre errores de tipo y así deben ser tratados.

En ambos casos se requiere una prueba suficiente sobre tal errónea creencia, que ha de ser un comportamiento excepcional, y que ha de ser valorado de acuerdo con las características propias del caso concreto sometido a la valoración del Tribunal. (STS n.º 865/2005).

2. Aunque los posicionamientos doctrinales no sean unánimes sobre las dos clases de error y sobre cuando nos encontramos ante uno u otro, en el caso lo relevante, en primer lugar, es determinar si es posible aceptar que alguno de los recurrentes incurrieran en alguna clase de error respecto a lo que concierne a la posibilidad de disponer lícitamente, en la forma en que se hacía, del patrimonio de la Caja para las finalidades que cada uno considerase oportunas, sin control de ninguna clase, sin que las cantidades dispuestas efectivamente constasen en documento alguno, sin liquidaciones posteriores y, en consecuencia, sin reflejo fiscal.

Como se verá al resolver los recursos de cada uno de los condenados, dadas las características del sistema, con una opacidad que no solo se manifestaba en relación a la Hacienda Pública, sino también respecto a aquellos que no fueran beneficiarios o usuarios de las tarjetas, que solamente conocían aspectos parciales del mecanismo de utilización, no es posible aceptar que actuaran creyendo que el presidente ejecutivo tenía facultades para disponer de esa forma del dinero de la entidad para beneficiar a los miembros de los órganos de gobierno más allá de la percepción de las dietas autorizadas por la ley y los estatutos. O que estaban actuando conforme a la ley al disponer de esa forma del dinero de la entidad para sus atenciones personales o para cualquier tipo de gasto sin control de ninguna clase y sin reflejo fiscal.

(STS 438/2018 de 3 de octubre).

## ARTÍCULOS 16 Y 82.1 CP

*Tentativa: el delito intentado no distingue entre tentativa completa e incompleta, imponiéndose la pena con rebaja en un grado o dos en función del peligro inherente al intento o al grado de ejecución alcanzado. Remisión condicional: la decisión en sentencia sobre la suspensión de la pena privativa de libertad debe ir precedida de un trámite de audiencia en las que intervienen el acusado, la víctima, las acusaciones particulares y el Ministerio Fiscal.*

(...) El Código Penal de 1995 ha establecido un concepto unitario de tentativa y ha prescindido del dualismo anterior que distinguía entre tentativa y frustración. Sin embargo, la puesta en peligro del bien jurídico puede ser de distinta intensidad, razón por la que el artículo 62 del Código Penal obliga a sancionar el delito intentado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, atendiendo al «peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», lo que ha dado pie a que se hayan utilizado las categorías de tentativa acabada e inacabada para establecer un criterio de distinción que sirva de base al dual tratamiento punitivo de la tentativa.

Una primera línea jurisprudencial, de la que puede ser exponente la STS 625/2004, de 14 de mayo, establecía una correspondencia plena entre los conceptos de tentativa y frustración, de un lado, y tentativa acabada e inacabada, de otro, y fijaba como criterio de aplicación penológica la rebaja de la pena en un grado en el primer tipo de tentativa o en dos para el segundo, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales, en cuyo caso el criterio general podría verse alterado pero mediando la adecuada justificación.

Actualmente se prescinde de esa rigidez conceptual. Conviene traer a colocación la STS 332/2014, de 24 de abril, reiterada en la posterior STS 701/2015, de 6 de noviembre, que recoge la doctrina más reciente de esta Sala sobre los criterios que orientan la individualización de la pena en caso de tentativa. Se señala que «aunque en la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la nueva redacción del artículo 62 del Código Penal, no sólo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente «el grado de ejecución alcanzado», sino también el «peligro inherente al intento», peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

La doctrina y la jurisprudencia (STS 703/2013, de 8 de octubre) han destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Por tanto, debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado».



En la misma dirección la STS 402/2017, de 1 de junio, indica que «para la valoración de la incidencia que en la concreción de la pena ha de tener la tentativa, conforme indica el propio artículo 62 del Código Penal, habrá de estarse al mayor o menor riesgo de la lesión o afección del bien jurídico protegido « inherente al intento» (intensidad de peligro), así como al mayor o menor riesgo de lesión o afección de ese mismo bien jurídicamente protegido en atención al «grado de ejecución alcanzado» (proximidad del peligro).

La doctrina reseñada de forma sucinta, en contra de lo que se afirma en el recurso, no establece la graduación del delito intentado distinguiendo entre tentativa completa e incompleta, sino atendiendo a los parámetros específicamente mencionados en el artículo 62 del Código Penal, tales como el «peligro inherente al intento o al grado de ejecución alcanzado».

La sentencia impugnada, que gradúa la pena de los delitos sin tomar en consideración el tipo de tentativa no es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo por lo que este primer motivo de impugnación carece de interés casacional y excede de los límites establecidos legalmente para su admisión. Lo que se pretende en este motivo de censura no es la fijación de un criterio o doctrina en relación con un precepto legal sustantivo, sino que el tribunal de casación se adentre en la valoración de los hechos y determine el grado de peligro derivado de la conducta del autor, cuestión que es ajena al ámbito de este tipo de recurso de casación.

(...) El vigente artículo 82.1 CP permite que la suspensión se acuerde en sentencia y, además, no exige de forma expresa que esa decisión deba adoptarse previa audiencia de las partes.

Como se señala en su Exposición de Motivos la reforma» tiene como finalidad esencial dotarla (a la suspensión) de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión». Se añade que «también se impone a jueces y tribunales el deber de resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible. Cuando la decisión no pueda adoptarse en sentencia, se articula un trámite de audiencia para las partes».

Ante el nuevo panorama normativo surge el interrogante de si el nuevo artículo 82.1 CP, para ser respetuoso con los principios constitucionales, debe ser interpretado en el sentido de exigir la audiencia previa cuando la decisión sobre la suspensión se acuerde en sentencia. El precepto citado guarda silencio sobre esa cuestión y ese silencio es puesto de relieve en el recurso para enfatizar que no se debe exigir un trámite que la ley ha omitido de forma patente.

4. El trámite de audiencia en el incidente de suspensión de la pena de prisión, referido a la situación existente antes de la reforma de la LO 1/2015, fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, ya que el artículo 82 CP entonces vigente nada decía sobre el procedimiento a seguir.

En la STC 248/2004, de 20 de diciembre, el máximo intérprete constitucional afirmó que «el derecho fundamental... (a) obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales,... en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que ‘en ningún caso pueda producirse indefensión’; lo que indudablemente significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad... se conculca... cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa» (reiterado entre muchas (STC 124/1994, de 25 de abril. De modo que este derecho comporta en primer término el de ser llamado al proceso en el que se sustancian pretensiones que afectan a

sus derechos e intereses legítimos, como primera garantía que asegura el derecho a intervenir en el proceso (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; 216/1992, de 1 de diciembre, FJ 2).

Se indica también en la sentencia que «el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que no fueron objeto de debate procesal en el mismo pues carecen de relevancia para la sustanciación de la pretensión punitiva del Estado; y, de otro, que si bien el título jurídico habilitante para la restricción de la libertad personal es la sentencia condenatoria, como hemos declarado en otras ocasiones en relación con esta misma institución, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta al valor libertad por cuanto incide en la forma de cumplimiento de la pena y en el efectivo ingreso en prisión del condenado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 7/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)».

Recordaba el Tribunal Constitucional que resultaba de aplicación «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el artículo 5.4 del Convenio europeo de derechos humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4), asunto Winterwerp c. los Países Bajos, § 60; de 21 de octubre de 1986 (TEDH 1986, 12), caso Sánchez Reisse c. Suiza, § 12; de 12 de diciembre de 1991 (TEDH 1991, 72), asunto Toht c. Austria, § 84; de 23 de septiembre de 2004 (TEDH 2004, 61), asunto Kotsaridis c. Grecia, § 29)».

También se argumentaba que «una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)» (FJ 3).

La consecuencia final de la sentencia fue que «aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (artículo 24.1 CE)» y que «debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código penal exige para la concesión de dicho beneficio –artículo 81 CP–, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el artículo 80.1 CP».

El criterio de esta sentencia fue objeto de pronunciamientos posteriores que han matizado su contundencia.

En la STC 222/2007, de 8 de octubre, se afirmó que «conforme a nuestra doctrina, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (SSTC 134/2002, de 3 de junio, FJ 3; 94/2005, de 18 de abril, FJ 5)».

En esta sentencia se analizó un caso en que se había acordado la denegación de la suspensión, en fase de ejecución y sin audiencia al condenado, admitiéndose posteriormente un escrito pidiendo la libertad y tramitándose un recurso contra la denegación, en el que se discutió con plenitud la procedencia de la suspensión y del ingreso en prisión del condenado. A pesar de no haberse dado audiencia previa, el máximo intérprete constitucional consideró que esa irregularidad carecía de relevancia constitucional «dado que en la subsiguiente tramitación del procedimiento de suspensión fue oído y tuvo oportunidad de alegar de nuevo, tanto en relación con la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para la concesión del beneficio como sobre las especiales circunstancias concurrentes en el caso y que determinaron su ingreso en prisión, todo lo cual excluye la relevancia constitucional de la indefensión denunciada (*mutatis mutandi*, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5)».

Otro precedente jurisprudencial que debe ser recordado es el concernido en la STC 76/2007, de 16 de abril, en el que se enjuició una denegación de la suspensión a un acusado en sentencia, sin solicitud de parte y sin audiencia previa de las partes del proceso. En ese supuesto el Tribunal Constitucional tampoco estimó el recurso de amparo porque «la decisión denegatoria de la suspensión se adelantó *in voce* en el propio acto del juicio –reconociendo el recurrente que sí pudo, y de hecho lo hizo, realizar las alegaciones que estimó oportunas para el ejercicio del derecho de defensa en el recurso de apelación formulado frente a la resolución que denegó en instancia la suspensión de la ejecución».

5. Dejando al margen pronunciamientos excepcionales, que pueden explicarse por las singularidades de los casos enjuiciados, de la doctrina expuesta, así como de la regulación del Código Penal se pueden extraer las siguientes consecuencias:

a) La decisión sobre la suspensión de una pena privativa de libertad, ya se acuerde en sentencia o en fase de ejecución, constituye un pronunciamiento distinto del propio del juicio y afecta de modo directo al derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17 CE) en cuanto puede determinar el ingreso en prisión del condenado por motivos o circunstancias distintas de las analizadas en el juicio.

b) La decisión requiere una motivación reforzada que debe contener, además de la exteriorización del cumplimiento o no de los requisitos legalmente establecidos, una ponderación de las circunstancias individuales del penado, en relación con otros bienes o valores comprometidos en la decisión (tal y como se deduce, entre otros del contenido de los artículos 80.1, párrafo 2.º, 80.2.1.º, 80.3, párrafo 2.º, 80.4) así como una ponderación de la prohibición o deber a que puede condicionarse la suspensión.

c) El artículo 80.6 exige que, antes de resolver sobre la suspensión, se oiga al ofendido por el delito o a quien le represente y en la mayor parte de las ocasiones se precisará de la audiencia del condenado para tener un cabal conocimiento de su situación y para cumplir con determinadas exigencias como ocurre, por ejemplo, con el compromiso de pago de la responsabilidad civil, necesario para entender cumplido el requisito exigido por el artículo 82.2.3.ª CP.

Es incuestionable que la decisión sobre la suspensión de la pena de prisión, ya sea estimatoria o desestimatoria, es una resolución compleja y discrecional, en la que

han de ponderarse múltiples factores. No precisa de un especial esfuerzo argumentativo considerar imprescindible que, antes de decidir sobre la suspensión, se abra un trámite que permita a las partes alegar lo que estimen procedente en defensa de su posición, aportar, en su caso, las pruebas que se estimen pertinentes o, incluso, interesar que la decisión no se adopte en sentencia y se posponga para la fase de ejecución por falta de elementos necesarios para resolver en ese momento procesal, cuestión que también puede ser objeto de controversia.

El artículo 82 del Código Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución y en los términos más favorables para la tutela judicial efectiva de las partes en litigio, razón por la que, aunque el precepto guarde silencio, la decisión en sentencia sobre la suspensión de la pena privativa de libertad debe ir precedida de un trámite de audiencia que permita a las partes pedir, alegar o probar lo procedente en derecho en relación con este beneficio legal, caso de que esta cuestión no haya sido objeto de debate y prueba en el plenario.

6. Resta por determinar si la doctrina expuesta es aplicable sólo a la audiencia del condenado o ha de reconocerse ese derecho al Ministerio Público y demás partes, y ello porque en este caso la sentencia de primera instancia concedió la suspensión y fue en la sentencia de apelación donde fue revocada a instancias del Ministerio Fiscal, que cuestionó la concesión del beneficio por una objeción procesal, por no haber sido oído antes de que se adoptara la decisión.

Ya hemos dicho que la víctima debe ser oída por exigencias del artículo 80.6 CP y no ofrece duda que el condenado también debe ser oído, no sólo porque si no se cumple con esta exigencia difícilmente se pueden tener los datos necesarios para resolver, sino porque se vulneraría gravemente el derecho de defensa. En relación con el resto de partes no tendría sentido que se les reconozca legitimación para intervenir si la decisión se adopta en ejecución (artículo 82 CP) y que se utilice el criterio contrario sólo porque la decisión se adopta en un momento procesal anterior. De otro lado, la STC 248/2004, de 20 de diciembre, antes citada, al analizar esta cuestión consideró que la necesidad de audiencia no se predicaba sólo del condenado sino de las demás partes, que concurren al proceso en condición de igualdad y que tienen todas ellas el derecho a la intervención procesal con igualdad de armas.

(STS 480/2018 de 18 de octubre).

## ARTÍCULOS 20.7, 48 Y 468.2 CP

*Quebrantamiento de condena. Pena del artículo 48 CP o medida cautelar. Ejercicio legítimo de un derecho. Dolo y móvil: bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados: el móvil de actuación del sujeto activo resulta indiferente a los efectos del tipo penal, pues nada se incluye en relación a un específico requisito subjetivo. El ejercicio de la patria potestad no puede amparar, en este caso, la infracción de la norma, ni por la vía del dolo, ni por la de estado de necesidad, ni por la del ejercicio legítimo de un derecho.*

(...) En relación al tema que concita el interés casacional, el alcance del dolo que configura el elemento subjetivo del tipo, existe división en la doctrina de las Audien-

cias Provinciales, entre aquellas que entienden que basta un dolo genérico (entre otras SSTS A. P. de Álava, sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2006; AP de Tarragona, sección 4.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2008; AP de Madrid, sección 17, de 27 de noviembre de 2009; o AP Zaragoza, sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de julio de 2016), o las que consideran que el delito requiere un específico ánimo de desatender la resolución judicial (SSTS AP de Las Palmas, sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2015; o AP Valencia, sección 1.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2014).

Según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal. Sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca.

En consecuencia, para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada.

La jurisprudencia ha deslindado los conceptos de dolo y móvil del delito. El primero se colma cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de cuales sean las motivaciones que le determinaron a actuar como lo hizo. Los móviles o la intencionalidad de su actuación no conforman aquél (SSTS 735/2013 de 10 de octubre; 260/2016, de 4 de abril; o 376/2017 de 24 de mayo). Recordaba la STS 1010/2012 de 21 diciembre, con cita de otros precedentes, que el dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas que pudieran operar.

Ello hace preciso distinguir el dolo del móvil del delito, exigiendo el tipo penal el primero de ellos, cualesquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al autor a actuar del modo en que lo hizo (STS 90/2016, de 17 de febrero). En consecuencia, como indicaron las SSTs 990/2012 de 18 de octubre; 688/2013 de 30 de septiembre; 439/2014 de 10 de julio o la 553/2015 de 6 de octubre, los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. Carece de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, o por un fin altruista, o de odio, venganza o envidia e incluso por motivos socialmente valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor.

(...) la exigente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funcio-

nes sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (STS 46/2014, de 11 de febrero; STS 543/2010, de 2 de junio).

Estas consideraciones excluyen que el ejercicio de la patria potestad pueda operar como causa de justificación respecto al delito de quebrantamiento con base en la circunstancia que analizamos. Más allá de los pronunciamientos que puedan afectar directamente a su contenido en el marco de la orden de protección del artículo 544 ter de la LECRIM, las prohibiciones de comunicación y acercamiento, tanto operen como medias cautelares o como penas, son limitativas de la libertad de deambulación y de otros derechos que a consecuencia de las mismas se ven restringidos. De ahí que su imposición conlleve la ponderación de los derechos y deberes en conflicto. Si la resolución que fija las mismas en relación a parejas con descendencia se decanta por otorgar primacía a la protección de la víctima, que es su principal fundamento, la afectación que ello pueda implicar respecto del contenido que integra la patria potestad, no ofrece una órbita de ejercicio capaz de justificar el incumplimiento en relación a un tipo cuyo bien jurídico protegido es fundamentalmente la efectividad de las resoluciones judiciales.

(STS 664/2018 de 17 de diciembre).

## ARTÍCULO 22.4 CP

*Agravante de discriminación. Actuar por razones de género: hechos más graves por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad; agresión a mujer, pareja sentimental del acusado sin convivencia, en una situación de celos, control y ánimo de posesión sobre ella, considerándola como incapaz de tomar decisiones por sí misma.*

(...) La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo la agravante de cometer el delito por razones de género, en el artículo 22.4 del Código Penal (CP), que ya comprendía otros supuestos de agravación al cometer el delito por distintas clases de discriminación. En el Preámbulo de esa Ley se razonaba que la razón para incorporar el género como motivo de discriminación en la agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 22, «es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».

(...) La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discrimi-

minación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre.

La agravante por razones de género se caracteriza, precisamente, por la concurrencia de ese elemento, y, además, porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja lo que le atribuye una evidente especificidad.

Sin embargo, podría plantearse si todos los posibles supuestos en que sería de aplicación la agravante por razones de género quedarían también cubiertos por la agravación por razón de sexo o de parentesco. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género. Estos son, pues, supuestos en los que no sería aplicable el parentesco pero si la agravación por razones de género.

En cuanto al sexo, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, artículo 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra.

(STS 420/2018 de 25 de septiembre).

## ARTÍCULO 31 BIS CP

*Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los compliance programs son un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa, con la finalidad de implementar un modelo de organización y gestión eficaz e idónea que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa.*

(...) Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance program* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabaran por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las socieda-

des mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato. Incluso, estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos *ad extra* o cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del artículo 120.4.º CP, que podría estar cubierta por las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno *ad intra*, sino, también, de la normativa que ya fijó el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia (...).

(...) También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del artículo 227 que lleva por rúbrica el Deber de lealtad (...).

(...) Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 redactó el artículo 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición secuenciada de cómo se traducía ese conocido como «deber de lealtad» que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad, que a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.



(...) Clave es también en este caso el artículo 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos (...).

(...) Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el artículo 229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así: 1.– El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (artículo 225). 2.– El deber de lealtad ante la sociedad (artículo 227).

(STS 316/2018 de 28 de junio).

## ARTÍCULO 57 CP

*Penas accesorias. Lesiones leves. Maltrato de obra. Penalidad: se considera delito de lesiones a los efectos de las penas accesorias del artículo 57.1 CP. Razones que lo justifican.*

(...) Tras la entrada en vigor de la L. O. 1/2015, la regulación del referido artículo 57 CP se adapta a la nueva distinción de los delitos graves, menos graves y leves, incluye en su ámbito el delito de trata de seres humanos y extiende la posibilidad de imponer las prohibiciones del artículo 48 CP por un período no superior a seis meses en el caso de los delitos leves comprendidos en su apartado primero, cuando antes, sólo cabían las prohibiciones del artículo 48 CP en supuestos de faltas contra las personas (antiguos arts. 617 y 620 CP) – STS (Pleno) 112/2018, de 12 de marzo-.

(...) De acuerdo con lo expuesto, la relación de delitos del artículo 57.1 CP (a la que se remiten sus apartados segundo y tercero) incluye el delito «de lesiones» pero no menciona el maltrato de obra. Se plantea así si el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153.1 CP está comprendido o no en dicho precepto y, en consecuencia, si su condena conlleva, en todo caso, al amparo del párrafo segundo del artículo 57 CP, la imposición de la pena prevista en el párrafo segundo del artículo 48 CP, esto es, la prohibición de aproximación.

La Jurisprudencia de esta Sala al respecto no ha sido unánime.

(...) En efecto, esta Sala concluye que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.

Cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical – apegado, por otra parte, al texto del artículo 147.1 y 2 CP (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»)–, porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal. De no entenderlo así, no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del artículo 138 CP); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que el artículo 57.1 CP se refiere a «delitos contra el patrimonio».

Cabe aquí reiterar que, tras la reforma operada en el Código Penal por la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, «De las lesiones») se incluyen las tres infracciones a las que ya hicimos referencia. Entre ellas, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras las reforma, es un delito «de lesiones», que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto.

En esta misma línea, y de forma paralela, el artículo 153 CP, tras la reforma operada del año 2015, castiga al que a su esposa o ex esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: i) cause por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147; o ii) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

De nuevo pues la distinción entre los dos incisos del artículo 153 CP solo responde a un intento de diferenciar dos conductas lesivas que, como dijimos con anterioridad y de acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sala, protegen idéntico bien jurídico: la integridad física y psíquica.

Aquí cabe destacar lo siguiente. La consideración de que el delito de maltrato de obra del artículo 153 CP (no es un delito «de lesiones» y, por tanto, no está incluido en el catálogo del artículo 57.1 CP produce una consecuencia incoherente: nunca podrían imponerse las penas del artículo 48 CP a tal delito, ni de forma facultativa ni preceptiva, pues, sencillamente, quedaría fuera de la relación de delitos contemplada en aquél.

Por las mismas razones, el delito leve de maltrato del artículo 147.3 CP quedaría excluido del párrafo tercero del artículo 57 CP, que también se remite al apartado primero del precepto y que contempla la imposición facultativa de la prohibición del artículo 48 CP.

Además se podría destacar otro argumento a efectos de incluir el delito de maltrato de obra del artículo 153.1 CP en el catálogo de delitos del apartado segundo del artículo 57 CP. En dicho precepto, como hemos dicho, se castiga con idénticas penas privativas de libertad y de derechos tanto al que causare a la víctima lesiones del número segundo del artículo 147 CP como al que la maltrata de obra sin causarle lesión; y, sin embargo, si entendiésemos que el delito de maltrato de obra no está comprendido en el artículo 57 CP, sólo al condenado por la primera infracción se le podría imponer la pena del artículo 48.2 CP –ex artículo 57.1 y 2 CP–. Al condenado por la segunda ni siquiera se le podría imponer con carácter facultativo.

Por último, no podemos dejar de tener presente que el artículo 153 CP es un delito enmarcado en la violencia de género que el legislador ha querido diferenciar claramente de otras figuras delictivas en las que las víctimas de las acciones descritas no son las mujeres unidas al agresor por los vínculos que en él se incluyen. De hecho, precisamente por esta razón, el maltrato de obra en él previsto –también el delito de lesiones– está castigado con penas más graves que el maltrato de obra ejercido sobre cualquier otro sujeto pasivo. Cualquier interpretación pues que se haga del precepto debe estar inspirada en una mejor y más adecuada protección de las víctimas.

En definitiva, tal como adelantamos, se estima el recurso del Ministerio Fiscal, revocándose el pronunciamiento del órgano a quo en lo que se refiere a su pronunciamiento sobre las prohibiciones de aproximación y comunicación impuestas en su día al condenado, que han de mantenerse en los términos acordados por el Juzgado de lo Penal.

Ciertamente el artículo 57.2 CP solo contempla como de imposición obligatoria la prohibición de aproximación a la víctima, que es la pena contemplada en el artículo 48.2 CP, pero, impuesta esta, tal y como señala el Ministerio Fiscal, y valorando asimismo la naturaleza de los hechos, se estima razonable y proporcionado, al amparo del párrafo primero del artículo 57 CP, imponer igualmente la prohibición de comunicación que también acordó en su momento el Juez de lo Penal.

(STS 342/2018 de 10 de julio).

## ARTÍCULOS 139 Y 242 CP

*Asesinato seguido de Robo con violencia o intimidación en las personas: causar la muerte de una persona con alevosía utilizando violencia y sustraerle posteriormente objetos; la violencia utilizada para causar la muerte es aplicable para calificar la sustracción de robo y no de hurto, sin vulnerar el principio non bis in ídem. Concurso medial de delitos: muerte de la víctima constitutivo de asesinato para facilitar la comisión de robo.*

(...) Se ha catalogado a este asesinato como «homicidio *criminis causae*». Abarcaría tres especies: a) el homicidio que se realiza «por no haber logrado el fin propuesto al intentar el (otro) delito»; b) el que se lleva a cabo «para reparar, facilitar, consumir o para asegurar» los resultados de otro delito, y c) el que se comete con el objetivo de «procurar la impunidad para sí o para otro» o con el fin de «ocultar otro delito».

No estamos ante un delito complejo, –un delito de homicidio y otro delito en conexión– como ha llegado a sugerir alguien. No. El delito fin puede no haber llegado a ser cometido operando también la agravación. Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Esta modalidad de asesinato entra en concurso de delitos, no de normas del artículo 8 CP, con el delito que se favorece (en principio se tratará de un concurso medial) o que se oculta (modalidad de concurso real). El delito fin o el encubierto no quedan absorbidos por el asesinato. Han de ser penados con independencia del mismo abrazados por la correspondiente figura concursal.

(...) La expresión «facilitar la comisión de otro delito» es más amplia que la empleada en el concurso medial del artículo 77 («medio necesario»). Parece incluir supuestos en que el asesinato se comete para preparar o asegurar la comisión de otro delito, aunque no sea estrictamente necesario o ineludible. De ese modo parece abrir la puerta a la posible existencia, junto al concurso medial como supuesto más frecuente, de un concurso real cuando la muerte no sea necesaria para facilitar el segundo delito.

Quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del artículo 139. 1.4.<sup>a</sup> De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo –consumado o en tentativa–. Si, al margen del asesinato, no se despliegan otros actos de ejecución del robo, tan solo se castigará por asesinato, aunque sin olvidar que el hecho de dar muerte para robar al atacado ya es un acto de ejecución del robo. Pero cabe imaginar algún caso en que el robo ulterior este desligado de la agresión.

El excurso realizado y la estimación del motivo del Fiscal obliga a plantearse inexorablemente otro tema no directamente suscitada pero de ineludible estudio por cuanto tenemos que recalificar la conducta. Al recuperar el delito de robo en lugar del hurto y al ventilar la relación con el asesinato que ha llevado a encajar los hechos en el artículo 139.1.4.<sup>a</sup> surge la cuestión de si en verdad puede hablarse de concurso real o estaremos ante la modalidad de concurso medial (artículo 77.3 CP). No todos los casos del artículo 139.1.4.<sup>a</sup> serán concurso medial, como hemos visto. Pero sí aquellos en que pueda establecerse una relación de medio a fin y de necesidad entre el delito contra la vida y el delito que se perseguía a través del él, en este caso los actos depredatorios.

Es cierto que en el objeto del veredicto no se ha expresado eso con la suficiente claridad, pero sí que fluye de la antepenúltima proposición del veredicto y de la motivación ofrecida: el acusado actuó impulsado por el fin de proveerse de dinero para pagar a las personas que se lo exigían.

La sentencia del Magistrado Presidente considera que no era estrictamente necesaria, en el sentido de indispensable, la muerte de la víctima para alcanzar la finalidad depredatoria. Pero desde esa exigencia tan rigurosa nunca habría concurso medial. La necesidad no puede medirse exclusivamente en abstracto. En abstracto jamás encontraremos un supuesto en que un delito sea estrictamente imprescindible para cometer otro. Se puede cometer un robo sin causar lesiones; una estafa sin necesidad de una falsificación; etc.

Hay que atender para realizar esa valoración también al supuesto específico para comprobar si en concreto existía esa relación de medio a fin y una necesidad no absoluta sino relativa. Eso sí es apreciable aquí. Hemos de optar por una relación de concurso medial con las consiguientes repercusiones penológicas que plasmaremos en la segunda sentencia y que por otra vía (dada la holgura del actual artículo 77.3 CP) permitan atemperar la penalidad resultante, en sintonía con lo que buscaba el Tribunal Superior de Justicia.

(STS 102/2018 de 1 de marzo).

## ARTÍCULO 180 CP

*Abusos sexuales agravados. Principio ne bis in idem. Parentesco: aplicación del principio «no bis in idem»: en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última. Sobrina segunda por afinidad. La mención a los afines abarca solo a los grados de parentesco expresamente reseñados (ascendientes, descendientes, hermanos): la relación por afinidad de quinto grado tío-sobrina no está contemplada.*

(...) La sentencia aplica el artículo 181.4 (abusos sexuales agravados) en atención a la concurrencia de las circunstancias contempladas en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 180 CP (según el texto legal vigente en el momento de comisión).

La apreciación del artículo 180.1.3.<sup>a</sup> (edad) no es acertada: vulnera el principio ne bis in idem, puesto que la edad de la víctima sería doblemente valorada en perjuicio del reo: una, para considerar los hechos constitutivos de abusos sexuales (artículo 181.1 y 2) pues en su mayor medida el prevalimiento vendría fundado en la

diferencia de edad; y la otra, para agravar la penalidad por la vía de los arts. 181.4 (actual 5) y 180.1.3.<sup>a</sup> (SSTS 69/2001, de 23 de enero, 114/2004, de 9 de febrero, 242/2004, de 27 de febrero, 244/2005, de 25 de febrero, 1357/2005, de 14 de noviembre, 131/2007, de 16 de febrero, 788/2012 de 24 de octubre y 775/2011, de 17 de octubre o 925/2012, de 8 de noviembre).

La citada STS 775/2011 se expresa así: «entiende el recurrente que no es aplicable el subtipo agravado de especial vulnerabilidad basado solo en la edad del sujeto pasivo, pues tal dato ya se tuvo en cuenta para la configuración del tipo básico.

Ciertamente no es posible apreciar cualesquiera de los supuestos previstos en el artículo 180.1.3 y 182.2 para configurar el tipo básico del artículo 181.1 por falta de consentimiento y luego valorar esa menor edad para construir el subtipo agravado. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del «*non bis in idem*» (cfr. SSTS 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero).

Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio «*non bis in idem*», al valorarse una misma circunstancia o «*modus operandi*» dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo agravado, (SSTS. 971/2006 de 10.10, 131/2007 de 16.2) Por tanto hemos dicho que lo decisivo es no tener en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino los demás factores concurrentes, pues si la minoría de 13 años es requisito ineludible para considerar los abusos sexuales como no consentidos (artículo 181.2), no puede tenerse en cuenta seguidamente para aplicar la penalidad agravada, por más que la Ley penal se exprese diciendo que ésta se tomará en consideración «en todo caso, cuando sea menor de trece años», pero no se aprecia tal vulneración cuando la especial vulneración de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, ya que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de 13 años – artículo 181.2– abusos sexuales no consentidos concurre una especial relación de confianza –casi familiar– del acusado con los padres de la menor y por tanto, con ésta, cosa que sin la menor duda le hacía especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo. (SSTS. 333/2007 de 26.3, 224/2003 de 11.2)».

Este largo fragmento acaba conduciéndonos al territorio donde se sitúa el debate subsiguiente: desechada la edad como factor de agravación, ¿es correcta la aplicación del prevalimiento derivado de una relación de superioridad o de parentesco que recoge el artículo 180.1.4? La Sala de instancia lo ha apreciado así. La parte dispositiva habla de prevalimiento familiar: esa superioridad que representaría un plus respecto de la edad estaría basada en la relación familiar: -el acusado era tío de la menor al ser ésta hija de una prima hermana de su mujer– y en la confianza aneja a esa relación.

Decidir sobre esta cuestión no es fácil. De hecho existen pronunciamientos no totalmente uniformes por parte de esta Sala. Se explica ello quizás por los frenéticos cambios legislativos que han ido sucediéndose sobre esta materia, que con la obsesiva idea de evitar cualquier laguna han generado regulaciones solapadas o duplicidades y

reiteraciones que confunden el claro entendimiento de cada precepto y su engarce con los demás (vid, v.gr. el tenor del artículo 192 CP).

Tratemos de desentrañar lo que se agrupa en tal agravación (artículo 180.1.4.º). Se exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva «o» que une ambas ideas lo acredita así. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad. Analicemos los dos términos de la agravación:

a) En cuanto a la relación de superioridad se basaría en este caso en la cercanía familiar. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la edad, ya tomada en consideración para construir el tipo básico. Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que se trate de dos agravaciones diferentes en el artículo 22 CP). Además –aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente– en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma, lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo tiene algo de fraude interpretativo: es decir, considerar que todo el parentesco que no es expresamente mencionado en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto.

b) Pasemos a examinar el parentesco. La dicción del Código no es muy afortunada. Habla de ascendientes, descendientes, o hermanos por naturaleza o adopción y afines. Hace una acotación expresa: solo se dará la agravación derivada del parentesco cuando el autor sea ascendiente, descendiente o hermano (hablando de la consanguinidad y de la adopción), y además, los afines categoría a la que no se adosa correctivo alguno. Una interpretación estrictamente literal, no es de recibo. Es contraria a la lógica y a una elemental exégesis sistemática de la norma. El autor ciertamente era tío (quinto grado de parentesco) por afinidad de la víctima. Pero sería absurdo entender que el parentesco colateral por consanguinidad está excluido, salvo en el caso de los hermanos, y sin embargo sí se abarca todo el parentesco por afinidad, es decir todos los afines sea cual sea el grado. No hay que forzar mucho las cosas para entender que, aunque gramaticalmente mal expresado, se está equiparando en la Ley la condición de afinidad no a los parientes mencionados (ascendientes, descendientes o hermanos) sino al carácter «natural» o «adoptivo» del parentesco. Solo alcanzaría la agravación a los afines en los mismos grados que los mencionados (suegros, cuñados, hijastros). Esa es la fórmula que utiliza el Código cuando quiere extender la protección (o la agravación) al parentesco por afinidad (vid. artículo 173, a diferencia del artículo 23 CP que no contempla a los afines).

En conclusión, la relación tío-sobrino por afinidad (además, en quinto grado) no está contemplada en la norma y no puede basar la agravación.

No procede por tanto la aplicación del tipo agravado del artículo 180.1.4.º y 181.4. Solo el tipo básico previsto en los arts. 181.3 y 182.1 CP (texto anterior a la reforma operada por LO 5/2010).

En el delito de agresión sexual, en cambio, sí es procedente la aplicación del artículo 180.1.3.º (por razón de vulnerabilidad de edad). No así la del n.º 4.º (parentesco) por las razones aducidas.

(STS 384/2018 de 25 de julio)

## ARTÍCULO 181 CP

*Abusos sexuales. Acceso carnal: realizar felaciones el acusado a las víctimas, menores de edad.*

(...) La defensa cuestiona, pues, la posibilidad de que pueda considerarse como acceso carnal el hecho consistente en que el sujeto activo del delito realice al sujeto pasivo felaciones sin el consentimiento de éste, supuesto que entiende que no puede estar comprendido dentro del concepto de acceso carnal. De tal forma que en los supuestos en que los menores intervienen en los hechos como sujetos pasivos de una felación no podría hablarse de yacimiento por parte del sujeto activo que las practica. Por lo cual, no podría ser condenado como autor del delito continuado de abusos sexuales en la modalidad de acceso carnal.

La cuestión que se suscita ha sido debatida en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 2 de mayo de 2005, en el que se obtuvo el Acuerdo siguiente: «Es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder».

Este acuerdo fue después aplicado en diferentes sentencias de esta Sala: 909/2005, de 8-7; 476/2006, de 2-5; 1295/2006, de 13-12; 699/2014, de 28-10; 2014, 6445); y 340/2018, de 6-7, entre otras.

Y así en la sentencia 1295/2006 se dice que «... se plantea doctrinalmente la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito cuando la acción consiste en penetración del miembro viril. En la redacción del Código Penal anterior a 1989 tal cosa no era posible, pues el delito se cometía yaciendo con mujer y por yacer se entendía la introducción del pene en la vagina, con las precisiones jurisprudenciales que no es preciso recordar aquí.

Como ya hemos dicho, no existe ninguna razón para que la protección del bien jurídico sea distinta en función del sexo del sujeto activo o del pasivo. Tampoco la conducta pierde significado o potencialidad lesiva para el bien jurídico si afecta a la libertad sexual en forma semejante, pudiendo tenerse en cuenta en este sentido la entidad y características de las conductas equiparadas».

«La cuestión, pues, se centra en determinar si el texto del artículo permite esa interpretación que equipara las agresiones. En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha».

Y recuerda después la sentencia 1295/2006 que «Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos «es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder», acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS núm. 476/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: «La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre «acceso carnal» y «penetración bucal o anal», por lo que se entendía que si el sujeto activo «se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del artículo 178 o 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo «el que

penetraba». Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal», lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo.»

Tal interpretación venía permitida por el texto del precepto desde 1999, de forma que no se ha acudido a la analogía *in malam partem*, prohibida en el ámbito del Derecho Penal.

Y en las sentencias 699/2014, de 28-10, y 340/2018, de 6-7, se incide en la misma línea jurisprudencial en los términos siguientes: «...hay acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo («sujeto pasivo» del delito, pero no de la «relación» ni del «acceso» en los que ostenta el papel de «sujeto activo») a introducirle alguno de sus miembros corporales por vía vaginal o anal. Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder».

En nuestro caso se trata de un acceso carnal por vía bucal, pero el criterio aplicable es el mismo que el que se acaba de señalar.

(STS 449/2018 de 10 de octubre).

## ARTÍCULOS 181 Y 197 CP

*Descubrimiento y revelación de secretos. Sextorsión o abusos sexuales cometidos por internet sin contacto físico: mujeres obligadas a llevar a cabo ante el acusado por web-cam y mensajería instantánea, actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas de contenido sexual que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos; posibilidad de aplicar continuidad delictiva doble en casos de fragmentación de periodos de abuso perfectamente diferenciables. Utilizando programa informático entrar en ordenadores de mujeres y apoderarse de archivos de contenido sexual.*

(...) Sobre el delito del artículo 181 CP de abusos sexuales cometido por internet. Cibersexo, sextorsión, o delito virtual del artículo 181 CP.

Destacar que la tipificación de los hechos es adecuada, dado que el tipo penal del artículo 181 CP castiga al que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, y el hecho probado con cada una de las víctimas describe la obligación de estas de llevar a cabo ante él, y por el ordenador, actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas comprometedoras que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos que fueron detectados por los agentes policiales. De esta manera, las víctimas se desnudaban, se masturbaban, se introducían dedos y objetos por la vagina e incluso simulaba hacerlo por vía anal, como se describe en los hechos probados. Estos actos forzados por el recurrente con-



llevan actos que atentan contra la libertad sexual de las víctimas, ya que están hechos, no solo sin consentimiento, sino obligadas a ello bajo la advertencia de divulgar archivos sexuales de las víctimas comprometidos, lo que les llevó a realizar esos actos para frenar o parar su divulgación. De esta manera se dan los presupuestos de la ausencia de consentimiento y del acto atentatorio a la libertad sexual de las víctimas. Todo ello, unido a la agravación entonces contenida en el artículo 182.1 CP, y ahora artículo 181.4 CP, de que el abuso sexual se lleve a cabo vía vaginal, anal o bucal, o mediante la introducción de miembros corporales por esas vías, que es lo que se llevaba a cabo por las víctimas ante las «exigencias» del recurrente y bajo la advertencia de la divulgación de esos archivos informáticos que les advertía había conseguido de sus ordenadores.

De esta manera, toma carta de naturaleza la comisión del delito de abuso sexual de carácter virtual o por internet, que no requiere de modo específico un «contacto sexual» directo por parte del autor del delito, sino de «actos que vayan encaminados a atentarse contra la libertad sexual» de las víctimas, que es lo que se describe en el hecho probado, donde las acciones desplegadas y declaradas probadas demuestran actos claramente atentatorios a la libertad sexual de las víctimas y llevados a cabo sin su consentimiento, que es lo que integra el tipo penal, esto es, mediante «la advertencia de difundir archivos de ellas de alto contenido sexual y causándoles, con ello, un gran perjuicio personal y de imagen.

Ante la proliferación de este tipo de casos de abusos sexuales por internet sin consentimiento de las víctimas y con el empleo de la extorsión de divulgar imágenes o vídeos de las víctimas se ha empezado a utilizar el término sextorsión, para calificar este tipo de actos de delitos de abusos sexuales cometidos por internet y con la extorsión que lleva implícita la falta de consentimiento de las víctimas. Como en este caso aquí analizado, el autor del delito de abuso sexual *on line* infecta primero el ordenador de su víctima mediante un virus que le permite acceder a sus contenidos, captando imágenes y/o vídeos privados que pueden comprometer su intimidad si se divulgaran. Generalmente el «*modus operandi*» consiste en la mecánica por la que el autor del delito envía un correo electrónico a su víctima con un enlace atractivo para ella, y al «pinchar» en el mismo se descarga el «*malware*» en su ordenador. Con ello, el criminal ya tiene acceso a sus contenidos y podrá descargarse archivos e imágenes o vídeos, que constituye luego la extorsión, lo que lleva a calificar los actos como sextorsión.

En muchos casos, incluso, la denuncia no ocurre, dado que la víctima se avergüenza de lo que ha estado haciendo, hasta que decide cortar su contacto con el criminal. No obstante, la persistencia de estos es lo que puede llevar, finalmente, a las víctimas a denunciar. Y es aquí donde tras las medidas de investigación policial del Grupo de delitos tecnológicos es cuando puede detectarse, con medidas de acceso al ordenador del autor del delito, la detección de otras posibles víctimas que hasta ese momento no habían querido denunciar, que es lo que en este caso ocurrió. Los autores de estos delitos valoran este posible rechazo a denunciar de sus víctimas para que su entorno no conozca los vídeos e imágenes que había realizado antes y después de la extorsión del delincuente. Pero es la continuidad de la extorsión lo que puede llevar a alguna víctima a tomar la decisión de denunciar como única forma de acabar con la sextorsión.

Señalar, también, que la sextorsión está relacionada con el delito de *sexting* del artículo 197.7 CP si se difunden las imágenes, con la agravante de que éstas se obtuvieron sin consentimiento, lo que nos llevaría al artículo 197.3 CP.

Puede asegurarse, también, que el «*modus operandi*» referido permite situar al autor del delito en una posición de superioridad virtual por internet, de tal manera que

ya ha vencido la inicial oposición de la víctima, cuando el autor le pide a ésta que lleve a cabo actos de carácter sexual por internet en una relación privada. Es esta posición no consentida en la víctima, y forzada por el autor del delito, lo que determina que se haya cometido un delito de abusos sexuales con la agravación del actual artículo 181.4 CP (artículo 182.1 CP en la fecha de los hechos) si se hace de alguna de las formas o modalidades previstas en el apartado 4.º del artículo 181 CP, lo que sitúa la penalidad en un arco que va desde los 4 a los 10 años, y si existe continuidad delictiva, que suele ser lo habitual hasta que la víctima se decide a cortar la relación, de 7 años y 1 día a 10 años de prisión.

(STS 377/2018 de 23 de julio).

## ARTÍCULO 248 CP

*Estafa. Engaño bastante. Calidad del engaño. Autotutela de la víctima: simular que existe actividad industrial en nave para contratar seguro de responsabilidad civil, incendiando intencionalmente el inmueble para defraudar a la compañía aseguradora; el que compañía aseguradora abonara una parte del siniestro sospechando que se trataba de un fraude no elimina el engaño ya que tiene obligación de hacer efectiva esa parte por el artículo 18 LCS, sin perjuicio de proseguir con la investigación para oponerse a la indemnización.*

(...) El engaño es bastante porque lo relacionamos con la idoneidad del engaño para entenderse cometido un delito.

Esta idoneidad surge de la conducta de los recurrentes perfectamente descrita en los hechos probados. No puede pretenderse que el engaño no es bastante por la circunstancia de que la aseguradora, mientras valora y analiza el hecho denunciado como siniestrado, abone una cantidad para evitar el devengo de los intereses por mora. Pero que lo haga no quiere decir que el engaño no fue bastante, ya que ello pertenece a otra fase del proceso de estafa, que es anterior, es decir, cuando se contrata la póliza el objetivo queda, luego, claro y cuando se presenta la reclamación con el soporte que se verifica el engaño «ya es bastante».

Así, esta Sala del Tribunal Supremo recoge en las sentencias de fecha 16 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000 que el juicio de idoneidad que hay que valorar exige atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y a la totalidad de las circunstancias del caso concreto.

Esta Sala del Tribunal Supremo declara a estos efectos en la sentencia de fecha 24 de marzo de 1999 que: «No se estiman suficientes los artificios engañosos si el sujeto pasivo de los mismos hubiere podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño y si tal actividad de comprobación lo era exigible por su calificación empresarial».

Del mismo modo, se añade en la sentencia de este Tribunal de fecha 5 de abril de 2018 que: «No se trata de afirmar por el Tribunal que existe un derecho al engaño, a modo del pretendido dolo bueno, sino de limitar el derecho penal a sus justos términos no convirtiéndolo en un instrumento de protección penal de aquéllos que no se protegen a sí mismos o de quienes toman decisiones financieras arriesgadas o sin el debido cuidado».

La calidad del engaño.

En estos casos se suelen tener muy en cuenta las condiciones del afectado para admitir o inadmitir la concurrencia del delito y para separarlo del mero incumplimiento civil, ya que si fuera asumible percibir la existencia del incumplimiento dadas las condiciones profesionales del perjudicado habría que acudir a esta vía civil. Y en este caso tampoco podría surgir esa opción de los afectados que creyeron que la obra iba a continuar.

Y aquí podemos introducir el fenómeno denominado la «calidad» del engaño.

Si el engaño no es suficiente al fin que se exigiría para entender cometido el ilícito penal nos encontraríamos ante el ilícito civil. Ahora bien, tampoco puede llegarse al extremo de exigir a la víctima el conocimiento de ese elemento intencional del sujeto activo, sino que si dada su condición profesional hubiera sido posible detectar la situación venidera el incumplimiento podríamos estar hablando de un ilícito civil, que no penal. De todas maneras, también nos movemos aquí en unos ámbitos estrictamente subjetivos que exigen que actuemos con suma cautela para evitar unos niveles de exigencia de previsión en la víctima que le obligaran a prever cualquier circunstancia o movimiento del sujeto activo aunque concurriera la condición de profesional en el perjudicado.

Indicios de haberse cometido una estafa a falta de prueba directa.

Nos movemos en la exigencia de un elemento subjetivo del injusto por la existencia del engaño, pero que entrelazado con una voluntad en el sujeto activo de que cuando realizaba la actividad contractual tenía serio propósito de no cumplir su parte del contrato. Este elemento subjetivo de la voluntad del sujeto puede dificultar, en ocasiones, la búsqueda de los indicios que lleven consigo una sentencia condenatoria por el delito de estafa, lo que lleva a acudir a la aplicación de la prueba indiciaria.

En efecto, en esta línea recuerda el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 28 de junio de 1983, 27 de septiembre de 1991 y 24 de marzo de 1992, entre otras, que: «La estafa en general, como si de la madre de todos los engaños se tratara, existe únicamente en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, de hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, a través del artículo 1253 CC, para con su concurso llegar a la prueba plena del hecho consecuencia inmerso de lleno en el delito».

El hecho de que se admita la prueba indiciaria va revestido de la exigencia del cumplimiento de una serie de requisitos formales, por un lado, y materiales, por otro, que la jurisprudencia viene exigiendo para su aceptación por el tribunal sentenciador.

En consecuencia, en el proceso penal deben valorarse y tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en orden a:

1. Cómo se celebró el contrato.
2. Cuáles eran las circunstancias concurrentes en orden a cómo se había concertado cumplir el contrato por la parte obligada a ello.
3. Con qué elementos o datos contaba el obligado a cumplir para poder hacerlo.
4. Si el obligado a cumplir tenía capacidad para hacerlo y de los actos posteriores se apreciaba que existiera una intención de llevar a cabo el cumplimiento.

El engaño, en consecuencia, es bastante y no se altera éste porque la aseguradora pague lo reclamado, ya que ello es lo que configura el delito de estafa por esta entrega del importe al acceder al engaño que se ejecuta por medio de la falsedad documental.

Existe engaño, es bastante, ello determina un error en el sujeto pasivo y hay un nexo causal que ha sido debidamente explicado anteriormente.

La alegación en el delito de estafa por el recurrente de la necesidad de la autotutela de la víctima.

No puede apelarse al concepto de autotutela, como verifican ambos recurrentes, y exigir una mayor autoprotección a los sujetos pasivos de la estafa en esta actitud permanente.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 1015/2013 de 23 Dic. 2013, Rec. 593/2013 que:

«Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la idoneidad del engaño.

Es conveniente, por ello, reiterar nuestra doctrina sobre la materia.

Pero, previamente, conviene matizar la cita fragmentada que se realiza por la parte recurrente de una antigua sentencia de esta Sala, que lamentablemente es utilizada con cierta frecuencia citándola de forma tan incompleta que no respeta su sentido. La vetusta sentencia de 21 de septiembre de 1988, ya claramente superada en nuestra doctrina, se expresa de forma matizada, al reconocer que la extensión de las consecuencias del “punto de vista” de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida.

Pero este “punto de vista”, propio de la denominada victimodogmática, ya no es determinante en la doctrina de esta Sala, pues subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la reacción punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Las SSTs 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril de 2013, entre otras, resumen nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa y en contra de la falta de autotutela de la víctima como supuesto motivo de exclusión de la atipicidad de la conducta.

Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño “bastante” a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objeti-

vos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que “esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño”. Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de “engaño burdo”, o de “absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia”, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que “Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado”.

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, “el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”.

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del orde-

namiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, “un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas”, reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que “La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa”.

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

No puede, por ello, introducir el mecanismo de la “autotutela” como forma de trasladar la culpa a los sujetos pasivos del delito de estafa, asumiéndola ellos como víctima “por haber sido engañados”, y pretendiendo, con ello, exonerar de culpa a quien ha realizado un acto concertado con otra persona, como aquí ocurrió para diseñar una maniobra mendaz para estafar a la aseguradora, siendo esta una modalidad muy repetitiva por la que se pretende engañar al sector asegurador, sin que por ello pueda pretenderse que no resulta un ilícito penal por no adoptar mecanismos de autoprotección las aseguradoras “para no dejarse engañar”. Así pues, una cosa es que el sector asegurador esté adoptando, cada vez más, estos mecanismos de vigilancia, y otra bien distinta es que sea el autor de un delito de estafa quien marque los parámetros y medidas que debe adoptar el sector asegurador para protegerse y que si no se hace en una elevada graduación quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.

En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión “engaño bastante”».

(STS 531/2018 de 6 de noviembre).

## ARTÍCULOS 248 Y 250 CP

*Estafa piramidal. Engaño bastante. Imputación objetiva: el autor capta capital prometiendo importantes inversiones por medio de entidad mercantil que sirve de señuelo, con promesa de abono de sustanciosos intereses, sin que después existan los negocios que habrían de producir los ingresos que permitirían devolver el capital y los intereses convenidos.*

(...) Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el artículo 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante». Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (pronóstico posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar sus justos términos al principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones

entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la venibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

Como hemos indicado en STS 900/2014, de 26 de diciembre (RJ 2014, 6797), concurren en el caso algunas de las connotaciones propias de las estafas piramidales, en las que los autores del delito tienen una primera fase en que aparentan cumplir el contrato operando con el dinero de los sucesivos inversores para saldar cuentas con los primeros. Se desplaza así el descubrimiento de la trama delictiva a un momento posterior, en el que ya aflora de forma inevitable el apoderamiento definitivo del dinero que los acusados aparentaron reinvertir, siendo lo cierto que carecían realmente de un proyecto empresarial que garantizara la devolución del capital y de los intereses estipulados en los contratos.

Sobre este particular se afirma por la jurisprudencia de esta Sala que la estafa piramidal aparece configurada por aquellas conductas en que el autor se dedica a captar capital prometiendo la realización de importantes inversiones por medio de alguna entidad mercantil previamente constituida que sirve de señuelo. Se promete a los posibles clientes el abono de sustanciosos intereses, sin que después existan los negocios que habrían de producir los ingresos que permitirían devolver el capital y los intereses convenidos. Lo habitual es que en una primera etapa se abonen a los primeros inversores el capital y los intereses valiéndose de las aportaciones de los sucesivos clientes. En estas conductas delictivas «piramidales o en cascada» los sujetos realizan una puesta en escena en ejecución de un designio criminal único encaminada a defraudar a un número indeterminado de personas, pudiendo proyectarse esta acción defraudatoria sobre una persona que a su vez convenza a otras, como consecuencia de su propio engaño, a realizar similares inversiones aunque estas víctimas no tuvieran contacto directo con el acusado, esta es la mecánica común de estas estafas que las primeras inversiones convenidas de la seriedad de los inversores, difundan boca a boca a otras personas que los intereses pactados se abonaban efectivamente exten-



diendo así, de forma involuntaria, en efectos de la estafa y número de perjudicados en provecho del recurrente (STS.581/2009, de 2 de junio). Este modelo piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida en que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor deja de pagarlos y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos (SSTS. 324/2012, de 10-5; 760/2006 de 10-7 y 196/2014, de 19-3, entre otras).

(STS 467/2018 de 15 de octubre).

## ARTÍCULO 290 CP

*Delito societario. Falseamiento de cuentas anuales. Elementos del tipo penal. Documentos que abarca: administrador de sociedad que altera a contabilidad durante años no reflejando la realidad de la empresa, con graves alteraciones, omisiones, duplicidades, indebida utilización de cuentas, con el fin de ocultar el real destino del dinero de aquélla.*

(...) Como ha precisado la jurisprudencia de esta Sala: «El delito societario de falsedad contable tipificado en el artículo 290 del Código Penal goza de autonomía propia, más allá de que criminológicamente se presente frecuentemente como instrumental de otros ilícitos penales; viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero (cfr. STS núm. 863/2009, de 16 de julio)».

Y como señala la sentencia de esta Sala 228/2016, de 17 de marzo, en las SSTS 655/2010, de 13 de julio, 194/2013, de 7 de marzo, y 822/2015, de 14 de diciembre, se afirma que el tipo descrito en el artículo 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las «cuentas anuales» o de «otros documentos». El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un «*numerus apertus*» en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del artículo 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11).

El delito se comete cuando se falsean las cuentas «de forma idónea» para causar «un perjuicio económico». Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad

(la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (párr. 1.º), y otro de resultado, cuando se ha producido (párr. 2.º).

La doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es «el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege».

Y en cuanto al núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010, «falsear» en el sentido del artículo 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (artículo 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

Por lo demás, una persona que elabora ese documento con unas patentes ocultaciones falsarias tiene conocimiento de la manipulación que realiza, y también lo tiene del perjuicio que con ello está ocasionando a la querellante. No puede, pues, con tales conocimientos alegar en su defensa que no tiene voluntad de causar unos perjuicios que se derivan claramente de la elaboración y aportación de ese documento con motivo de una operación de absorción que acaba así produciendo efectos perjudiciales para el patrimonio de la querellante.

(STS 558/2018 de 15 de noviembre).

## ARTÍCULO 290 CP

*Delito societario. Falseamiento de cuentas anuales. Cooperación necesaria. Caso Arte y Naturaleza: firmar las cuentas falseadas como accionista una vez presentadas por el administrador: imposibilidad de una cooperación con una aportación posterior a la consumación del delito.*

(...) el delito del artículo 290 se consuma cuando las cuentas, ya elaboradas y, en su caso, auditadas, inician su camino para la presentación a los socios que han de aprobarlas. La actividad de éstos firmando las cuentas se produce, pues, con posterioridad a la consumación del delito, por lo que no es posible calificar su conducta como un supuesto de cooperación necesaria. Los casos en los que se declare probado que quienes intervienen posteriormente a la consumación del delito, comprometieron previamente a los hechos una aportación relevante que, aunque se produzca con posterioridad a la consumación, opera durante la ejecución como un elemento de garantía y seguridad de su éxito, pueden merecer otras consideraciones, que no es preciso examinar aquí, al no haberse declarado probado ese compromiso previo.

(STS 94/2018 de 23 febrero)

## ARTÍCULO 298 CP

*Receptación. Penalidad: el tipo penal se consume siempre que se perfeccione el comportamiento previsto en el núm. 1 del mismo precepto con la finalidad de traficar; aun cuando se refiera a un acto u operación aislada, no requiriéndose ninguna habitualidad e incluso aunque el acto de tráfico no se haya llevado a cabo, bastando con que dicho ánimo deba concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito.*

(...) Acudiendo a los antecedentes legislativos del delito de receptación, la habitualidad fue exigida por el Código Penal de 1973, cuyo artículo 546 bis a) sancionaba al que con conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes se aprovechase para sí de los efectos del mismo, agravándose la pena para el reo habitual.

En el Código Penal de 1995 solo subsistió la habitualidad como elemento del tipo en la modalidad de receptación de efectos procedentes de faltas contra la propiedad del artículo 299 CP, sobre la que operaba además la agravación derivada de la adquisición o recepción de dichos efectos «para traficar con ellos» (artículo actualmente derogado por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo).

Del tenor literal del texto legal se desprende con nitidez que la habitualidad no fundamenta un tipo agravado en la receptación de efectos procedentes de delito, sino que la agravación deriva del ánimo de traficar con ellos. El artículo 298.1 CP delimita el tipo básico sancionando «al que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos»; y el artículo 298.2 CP recoge como tipo agravado la recepción, adquisición u ocultación de los efectos del delito «para traficar con ellos». De este modo, el fin de traficar no es el elemento del tipo básico, sino del tipo agravado, por lo que es precisa su delimitación frente al ánimo de lucro (como elemento de la receptación).

(...) En definitiva: el aprovechamiento como acción nuclear del tipo de receptación exige en todo caso un ánimo de lucro, que a su vez no se identifica con el propósito de traficar. Propósito éste que se corresponde con el de introducir los objetos receptados en el circuito económico general, incluso mediante un acto único, por cuanto es independiente de la habitualidad que está referida a la reiteración en aprovechamiento lucrativo y no al modo de tráfico en que ese aprovechamiento puede, pero no necesariamente, ser realizado». A partir de dicha delimitación, son diversos los pronunciamientos que han concluido la existencia de tal propósito de traficar sin necesidad de vincularlo a la constatación de una habitualidad o reiteración de actos de venta. La STS 581/1999 de 21 de abril aplicó el artículo 298.2CP a un solo acto de venta. La STS 1034/2013 de 30 de diciembre, afirmó que basta para integrar el subtipo del artículo 298.2 CP «que se vaya a revender uno solo de los efectos receptados». Incluso se ha supuesto ese ánimo tendencial sin acreditar intento alguno de venta o transmisión de los efectos, sino en consideración a otras circunstancias concurrentes reveladoras de dicho propósito, singularmente en aquellos supuestos donde son hallados en posesión del acusado múltiples efectos de origen ilícito junto con otros indicios. Entro otras en las SSTS 1100/2010 de 13 de diciembre; o la 1202/2011, de 15 de noviembre.

Por su parte, el auto ATS 981/2017 de 25 de mayo, reprodujo la doctrina de la ya citada STS 1583/98, de 16 de diciembre al afirmar, con remisión a ella, que el ánimo

de traficar es la intención de comerciar o negociar con los efectos receptados, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil, y que se aprecia dicho ánimo de traficar en casos en que se posee un efecto, proveniente de un delito, para entregarlo a tercero a cambio de una contraprestación.

En conclusión, el artículo 298.2 exige el ánimo de traficar, que hemos definido como la intención de comerciar o negociar con los efectos del delito adquiridos, recibidos u ocultados, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil para introducirlos en el circuito económico general, sin que la descripción típica incorpore matización alguna que permita exigir que tal ánimo se proyecte sobre más de un acto de venta. De manera que, se colmara la tipicidad siempre se perfeccione el comportamiento de previsto en el n.º 1 del mismo precepto con la finalidad de traficar, aun cuando se refiera a un acto u operación aislada. Solo así puede desprenderse del propio precepto, y de una interpretación integrada en relación a otros tipos penales que tipifican operaciones de tráfico sin otro condicionamiento. A modo de ejemplo, un acto de venta basta para integrar el concepto de tráfico en relación al delito del artículo 368 CP, y no cabría otra interpretación en relación a los actos de tráfico en relación a los artículos 232, 392, 399 o 570 CP. Eso sí, en el buen entendimiento de que dicho ánimo, no necesariamente coincidente con el lucro y compatible con él, debe concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito, sin necesidad de que la operación de tráfico se llegue a materializar, resultando intrascendente a estos efectos el ánimo sobrevenido de forma desligada a la consumación de la receptación.

(...) De manera contante ha considerado esta Sala que la limitación penológica a la que queda supeditada la punición de los delitos de receptación, lo es en relación a la pena atribuida al delito encubierto en abstracto. Lo que se prohíbe es la superación de la pena privativa de libertad prevista para «el delito encubierto» no para el encubridor del mismo, expresión que alude al delito originario de cuyos efectos el receptor se aprovecha, y cuya penalidad a considerar es la pena abstracta correspondiente al tipo penal, sin tener en cuenta las reducciones o incrementos de pena que alcancen al autor del mismo. Se trata de una cuestión asentada de antiguo en la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias SSTS como la de 17 de marzo de 1989; 9 de octubre de 1992 o 163/2000 de 11 de febrero, que aunque en interpretación del artículo 546 Bis a) del CP 1973, precedente normativo del actual 298.3, es de perfecta vigencia ante la idéntica redacción de ambos textos. Criterio interpretativo que mantuvo ya respecto al artículo 298.3 del CP de 1995 la STS 447/1999 de 15 de marzo, y que ahora reproducimos.

(STS 673/2018 de 19 de diciembre).

## ARTÍCULO 301 CP

*Blanqueo de capitales: convertir o transmitir bienes, sabiendo que tienen su origen en una actividad delictiva: no es necesaria una condena previa por el delito origen de los bienes, ni tampoco una descripción exhaustiva de la actividad delictiva previa.*

(...) La jurisprudencia no ha exigido la condena previa por el delito antecedente del blanqueo. Ha afirmado, sin embargo, que la existencia de tal infracción previa y el que los bienes objeto del blanqueo tengan en ella su origen, es un elemento del delito de blanqueo, cuya prueba no presenta especificidad alguna, pudiendo recurrirse a la prueba indiciaria. En la STS de 5 de octubre de 2006, citada por la STS n.º 628/2011,

de 22 julio, se decía al respecto 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 los casos en los que no ha recaído condena por el delito que se considera antecedente, como origen de los capitales blanqueados, la prueba del mismo puede resultar dificultosa. Pero ello no excusa de su debida acreditación. La existencia de una acusación en otra causa por hechos que se consideran delictivos y de los que podría proceder el capital blanqueado, junto con otros elementos, entre ellos la coincidencia temporal o la inexistencia de otra posible fuente de ingresos, puede resultar un elemento útil, valorable en el ámbito de la prueba indiciaria. Pero, por sí mismo, no explica la procedencia de los bienes. Dadas estas evidentes dificultades probatorias, se explica que en la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015, se haya incluido entre los delitos conexos el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente, lo cual permite la investigación y el enjuiciamiento en la misma causa, al menos cuando resulte conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, con exclusión de los casos en los que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, (artículo 17 LECrim). Regulación que permite adoptar la resolución más conveniente en función de las circunstancias del caso.

(STS 617/2018 de 3 de diciembre).

## ARTÍCULO 305 CP

*Defraudación a la Hacienda pública. Delito fiscal. Inexistencia de delito continuado. Caso Marbella: creación de un complejo entramado de operaciones mercantiles simuladas entre diversas sociedades, con el fin de simular gastos deducibles; cuantías defraudadas que superan claramente la cifra de los 600.000 euros.*

(...) no puede admitirse que el plan preconcebido como estrategia para defraudar a la Hacienda Pública española durante varios años constituya el soporte sobre el que se asiente el elemento subjetivo del dolo propio de un delito continuado, desplazando así el concurso real de delitos.

Ello se debe, en primer lugar, a que no se está ante un supuesto en que se diseñe un plan para ejecutar en fechas próximas o con una mínima vinculación temporal actos delictivos que se van eslabonando con el fin de generar un fraude a corto o medio plazo, sino ante un plan con el que se intenta defraudar a la Hacienda Pública a medio/largo plazo. El proyecto se materializa anualmente con la declaración fiscal del impuesto de sociedades. De tal manera que de año en año se hace una declaración fiscal fraudulenta mediante la que se aparentan cuantiosas deudas inexistentes, declaración que lleva implícitos un acto de voluntad y una decisión delictiva que genera un fraude correspondiente a la cuantía del subtipo agravado en cada uno de los dos años fiscales.

Difícilmente puede asumirse que una conducta con ese distanciamiento en el tiempo y con una secuenciación de una decisión delictiva anual pueda encuadrarse desde una perspectiva subjetiva en el concepto de delito continuado. Pues, de entenderlo así, estaríamos acogiendo como delito continuado un supuesto en que la planifi-

cación delictiva para un periodo de varios años vendría a actuar como una especie de licencia para defraudar a largo plazo, reconvirtiendo varios delitos realizados por periodos anuales en un solo delito, aunque la pena imponible se fije en su mitad superior. Se generaría así de facto un ámbito temporal de impunidad para conductas proyectables a largo plazo que resultarían legitimadas por la existencia de un plan delictivo genérico inicial.

Este Tribunal ha venido aplicando la figura del delito continuado, en lo que atañe a la unidad de acción continuada, con no poca flexibilidad y laxitud. Ahora bien, no hasta el punto de operar con un concepto de acción por continuidad delictiva en unos términos tan extremos como los que se proponen en el escrito de recurso, máxime si se pondera la configuración del elemento objetivo del tipo penal en el caso concreto («estanqueidad» impositiva).

La estructura propia de la acción insertable en el delito continuado se halla ubicada entremedias de la unidad natural de acción y de lo que son las acciones plurales propias de un concurso real de delitos. Y esta Sala, merced a una interpretación amplia y generosa del concepto de delito continuado desde la perspectiva de la dilación temporal de las acciones plurales homogéneas integrantes de la continuidad delictiva, ha llegado a acercar la figura hasta un contorno muy próximo al del concurso real de delitos. Sin embargo, ha de entenderse que ello no permite extender el perímetro del sustrato fáctico de la continuidad delictiva hasta el punto de trasmutar una planificación delictiva genérica de varios años, que se materializa con decisiones conscientes y voluntarias anuales, en el soporte legitimador de un delito continuado.

Como se dijo supra, el dolo global, genérico o de conjunto propio del delito continuado tiene que ponerse en relación con una base naturalística u ontológica de acciones delictivas que se engargen con una mínima vinculación temporal. Y ello no puede decirse de un proyecto delictivo que ha de perpetrarse durante varios años, ensamblado mediante una decisión voluntaria anual de cometer una grave conducta fraudulenta contra la Hacienda Pública. Una conducta de esta naturaleza no puede enmarcarse en la unidad de acción continuada propia del artículo 74 del C. Penal. Máxime cuando el extenso periodo de tiempo planificado con una compleja estrategia se fragmenta con un acto nuclear de voluntad defraudadora que se espacia de año en año, formalizándose la voluntad de cometer el delito en un momento puntual de cada anualidad.

A este respecto, y conectando con lo que se acaba de exponer, es claro que tampoco cabe operar en el caso con un dolo continuado basado en el aprovechamiento de la misma ocasión. Ello queda descartado, en primer lugar, porque las ocasiones no surgen de forma espontánea o casualmente, reaccionando ante ellas el autor del delito con una debilidad de voluntad que disminuya su culpabilidad, sino que todo obedece a una conducta muy poco conciliable con el vocablo «ocasión». Y en segundo término, porque se está ante actos de voluntad o de decisión delictiva que se perpetran anualmente, esto es, con una dilación en el tiempo que no propicia hablar de la persistencia del elemento volitivo del plan inicial, ya que el acusado tiene tiempo durante tan extenso periodo para sedimentar una decisión distinta a la que le llevó a cometer la primera acción delictiva. Máxime cuando la decisión defraudatoria se presta formalmente ante el propio Estado, que aparece representado por los funcionarios que tramitan las declaraciones fiscales.

Frente a todo ello cabe redargüir que esta Sala ha aplicado a algunas conductas delictivas la figura del delito continuado concurriendo acciones que se extienden en el tiempo durante varios años. Como ejemplo de ello pueden o deben citarse los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Pues no resulta extraño que conductas graves de esa índole ejecutadas por sujetos sobre otros miembros integrantes de un mismo

entorno familiar incurran en actos repetidos de esa naturaleza, sobre todo contra menores de edad, durante periodos amplios de tiempo. Sin embargo, esas actuaciones delictivas poco tienen que ver, estructural y punitivamente, con las que aquí se tratan.

En efecto, en tales casos se juzgan conductas perpetradas con regularidad en un ámbito de intimidad que asoman sorpresivamente a la luz tras varios meses o años de ejecución en la clandestinidad, sin actos concretos externos que las fragmenten o interrumpen en el tiempo. Pueden así considerarse actos de aprovechamiento de ocasión y ser así incardinados, no sin cierta dosis de distorsión conceptual, en la continuidad delictiva.

En cambio, en el ámbito del delito fiscal el sujeto activo formaliza cada año una declaración fiscal y vuelve así a evidenciar ante el representante de la Administración su voluntad de defraudar a la Hacienda Pública, con el consiguiente grave menoscabo del erario público mediante el que se atienden y satisfacen los intereses generales de la ciudadanía.

Al margen de lo anterior, también favorecen la aplicación del delito continuado en los procesos que se tramitan por delitos contra la libertad sexual las dificultades que surgen en la práctica para conseguir individualizar los diferentes episodios delictivos. Y otro tanto puede decirse en cuanto a la severa gravedad de las penas con que son castigados. Estos factores no se dan desde luego en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Por último, es importante tener presente que en la aplicación del delito continuado a las distintas figuras penales se ha de atender al sentido normativo de cada tipo, de forma que se aplique cuando se considere necesario para aprehender el nivel de injusto y de culpabilidad en cada caso. No debe pues operarse en la práctica con un exceso de normativismo que prescinda de la base naturalística conductual exigible para constatar una unidad de acción continuada, ni procede tampoco desentenderse de las consecuencias que conlleva la aplicación de tan dúctil y controvertida figura jurídica.

(STS 290/2018 de 14 de junio).

## ARTÍCULO 319 CP

*Delito sobre la ordenación del territorio: llevar a cabo una construcción no autorizada en viales: inexistencia: desplazar la situación de vial a otro lugar con aprovechamiento más racional, sin que ello afecte al bien jurídico protegido, además el hecho de ser socio o administrador de la empresa que lo ejecuta no supone participar en el hecho.*

(...) Esta Sala ha entendido que el delito previsto en el artículo 319.1 CP exige, en primer lugar, que el sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director. En segundo lugar, que ha de realizarse una construcción, que en la redacción inicial se exigía que fuera una construcción no autorizada, y que después de la reforma operada por la LO 1/2015, han de ser obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables. En tercer lugar, que se lleven a cabo «en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección».

El bien jurídico protegido no es la normativa sobre ordenación del territorio, sino la utilización racional del medio como recurso natural y la ordenación de su uso al interés general.

(...) La conducta, pues, no puede considerarse incluida en el tipo, orientado a una protección material del territorio en el aspecto relativo a la orientación de su uso al interés general, como antes se dijo, pues con el precepto no se pretende la protección formal sino material de los intereses afectados.

Pero, además de lo anterior, que sería suficiente para estimar el motivo, en la relación de hechos probados no se describe una conducta del recurrente que permita considerarlo responsable de la ejecución de la obra en la forma en que se hizo, en el concepto de promotor, constructor o técnico director, como exige el tipo. La condición de socio, e incluso de administrador mancomunado de una sociedad no convierte al sujeto en responsable de todo lo que la sociedad lleve a cabo, siendo necesario establecer la intervención concreta que tenga en cada hecho. La condición de promotor, concretamente, no resulta del hecho de ser socio o administrador, si no se precisa cuál fue la concreta intervención respecto de la obra que causa el perjuicio al bien jurídico protegido. Por otro lado, es preciso igualmente, recoger en el relato de hechos los requisitos fácticos del dolo.

(STS 491/2018 de 23 de octubre).

## ARTÍCULOS 320, 404 Y 419 CP

*Prevaricación urbanística. Fraude y Malversación de caudales públicos. Cohecho pasivo propio. Blanqueo de capitales: son delitos homogéneos la prevaricación ordinaria del artículo 404 CP y prevaricación urbanística del artículo 320 CP, al tratarse ésta de una prevaricación especial por razón de la materia.*

(...) En relación a la prevaricación urbanística ésta supone la infracción a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal.

La jurisprudencia de esta Sala por todas SSTS 499/2009, de 18 de mayo y 362/2018, de 18 de julio, asumiendo explícitamente en el ámbito de la autoría la categoría de los delitos de infracción de deber, señala que «el delito prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal».

La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción del deber el funcionario y ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo tutela.

La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar (STS 28-5-2009).

Por lo demás, se aplican los criterios generales apreciables en la prevaricación administrativa. En este sentido es clarificadora la STS 363/2006 de 28-3, que recuerda que el delito de prevaricación urbanística del artículo 320 no es sino una especialidad del delito más genérica de prevaricación penado en el artículo 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al



igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Ahora bien, el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública precisa la STS. 766/99 de 18.5 corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el artículo 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el artículo 117.3 CE destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que establece y proclama el artículo 9.1 CE. Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando procede ejercer el «*ius puniendi*» del Estado contra la persona –autoridad o funcionario– que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico. Efectuada esta precisión debemos insistir en que nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, lo que implica algunas diferencias. Así la modalidad genérica del artículo 404 exige que el 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 doctrina de esta Sala sobre la genérica, recogida, entre otras en las SSTS. 331/2003 de 5.3, 1658/2003 de 4.12, 1015/2002 de 31.5, 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 «insignificancia» o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad.

La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que le corresponde 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, conforme al principio de intervención mínima.

En esta dirección la STS. 1658/2003 de 4.12 nos recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un

Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras

ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Ahora bien la prevaricación, en la modalidad genérica del artículo 404 exige que el 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 puede ser aplicada a la prevaricación especial de jurisprudencia sobre la genérica (STS 363/2006, de 28 de marzo).

Bien entendido que el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva está matizado y cumplimentado por el adecuado funcionamiento de la Administración Pública que, en su actuación, debe velar siempre de forma objetiva por los intereses generales (artículo 103.1 CE).

Como indica nuestra sentencia 363/2006, de 28 de marzo «... el bien jurídico protegido en el delito de urbanismo... es la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. Se trata de un bien jurídico comunitario, de los denominados «intereses difusos» pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica en mayor o menor medida a toda una colectividad, bien jurídico que en el supuesto de esta prevaricación especial, se complementa con el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática».

En definitiva, dado que así lo exige la penalidad cualificada del art 320 frente a la menos grave del artículo 404, que solo impone la inhabilitación especial, para la realización del injusto no solo es necesario que la conducta menoscabe el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino que además el desvalor del comportamiento debe afectar o poner en peligro el interés consistente en la explotación racional del suelo orientada a la satisfacción del interés general: como indica la STS 1127/2009, de 27 de noviembre, «la prevaricación especial por urbanística que sanciona el artículo 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio».

(STS 613/2018 de 29 de noviembre).

## ARTÍCULO 368 CP

*Tráfico de drogas. Asociación cannábica. Autoconsumo compartido: despenalización del tráfico de hachís: derecho comparado y normativa; normativa administrativa, autonómica y local; Cataluña: Ley 13/2017, de 6 de julio de las asociaciones de consumidores de cannabis: su vigencia está suspendida al haberse admitido a trámite el recurso interpuesto por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional.*

(...) En su argumentación, el Ministerio Fiscal, reconociendo la nueva realidad surgida en España a partir de los años 90 y la novedosa constitución de asociaciones de consumidores de cannabis, considera que las mismas, frente al criterio de la sentencia, encajan dentro del tipo penal del artículo 368 y siguientes del CP, no obstante la existencia de algunas normativas autonómicas o municipales que abordan dicha realidad, aunque como hemos mencionado en ellas han iniciado otras resoluciones del TC.

Alega el Ministerio Fiscal que no se discute que el cannabis sea una sustancia catalogada como estupefaciente y por lo tanto sometida a control y no se cuestiona, tampoco, que tal sustancia cause daño a la salud.

La Ley 17/1967, de 8 de abril, atribuye en su artículo 1.º «al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo. Asimismo, corresponde al Estado español el derecho de prevenir, de perseguir y de sancionar los hechos que constituyen infracción o delito, previstos en el presente régimen legal».

En definitiva, lo que se regula es la exclusividad del Estado en la gestión de los estupefacientes y así lo recoge expresamente el artículo 5.º de la Ley mencionada. Tal legislación priva a los llamados clubes cannábicos o asociaciones similares del mismo

tenor, de legitimidad alguna respecto a la posibilidad de «cultivar, distribuir entre socios, facilitar el consumo con fines lúdicos o medicinales de la planta Cannabis Sativa y sus preparados o derivados, provenientes de cultivos colectivos», como recoge los Estatutos de la sociedad «Three Monkeys España».

La decisión, por lo tanto, de autorizar el cultivo, la distribución o el consumo de sustancias estupefacientes es una competencia exclusiva del Estado. Y, en consecuencia, diseñar un entramado asociativo para facilitar el cultivo y/o el consumo de sustancias estupefacientes de un gran número de personas, con o sin ánimo de lucro, que a efectos del artículo 368 deviene baladía, constituye, en principio, un delito tipificado en el artículo 368 del CP.

La sentencia recurrida en su fundamentación jurídica nos dice que los hechos declarados probados no constituyen delito por cuanto entiende que en el local de la Asociación cannábica «Three Monkeys España», no se vendía indiscriminadamente la marihuana y el hachís, sino que exclusivamente se vendía a los socios y que, por otra parte, no les guiaba el ánimo de lucro.

Se alega que el tipo penal recogido en el artículo 368 CP no exige ánimo de lucro alguno y, por otra parte, resulta irrelevante a los efectos de tal tipo que la venta sea indiscriminada o dirigida a un grupo selecto de personas.

En conclusión, estima que la sentencia recurrida en cierto modo «legaliza» los clubes o asociaciones cannábicas al entender que cultivar y vender la sustancia estupefaciente hachís o marihuana en un local y para los múltiples socios que allí acuden, es una conducta atípica y por tanto solicita la estimación del motivo y revocación de la sentencia en los términos indicados, condenando a los absueltos a las penas interesadas en su escrito de conclusiones definitivas.

CUARTO. Asiste toda la razón al Ministerio Público cuando destaca que el ánimo de lucro no es requisito del delito del artículo 368. Empezaremos por esa cuestión.

No parece que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal sea significativa en principio en un delito de riesgo que protege la salud pública. Nadie dudará que una asociación dedicada a distribuir de manera gratuita y altruista drogas, incluso limitándose a repartirla entre quienes, siendo usuarios, demostrasen penuria de medios económicos, estaría favoreciendo el consumo ilegal de sustancias estupefacientes (artículo 368 CP). No incide en el bien jurídico «salud pública» 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 es que 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 artículo 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 abultadas ganancias concibiéndola como negocio. Las motivaciones egoístas o lucrativas pueden despertar más antipatía o mayor reproche; pero en relación estricta al bien jurídico son irrelevantes, rigurosamente neutras. El objeto de protección no es el patrimonio o la capacidad económica del consumidor de estupefacientes.

Con este excurso no se quiere decir que no juegue ningún papel esa frecuente motivación lucrativa en la valoración de estas conductas. Goza de relevancia pero tan solo 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 artículo 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 excede del 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, seguramente, como se ha propuesto, sería más exacto 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 en los términos que parece conferirle la Audiencia Provincial que se preocupa mucho de enfatizar la ausencia de móviles lucrativos en los acusados.

QUINTO. Tras este argumento incidental sobre un tema muy puntual, retomemos el discurso general sobre la materia que suscita el recurso del Fiscal, aparcando la cuestión del ánimo de lucro una vez relativizada su trascendencia.

Es una obviedad decir que la función de un Tribunal de Justicia es aplicar la legalidad vigente. También lo es advertir que el ordenamiento jurídico presenta una textura abierta por decirlo con feliz expresión de uno de los más conocidos teóricos del derecho del siglo XX. La interpretación de una norma legal es mucho más que una operación mecánica y aséptica. Aparecen implicadas herramientas y factores y criterios (como la realidad social a que se refiere el artículo 3 del Código Civil) que pueden derivar, según se combinen, a soluciones no siempre coincidentes. El órgano judicial, sin perder la conciencia de esa ocasional versatilidad y relativa elasticidad de la interpretación, ha de indagar cuál es el sentido de la ley para ajustarse al criterio legislativo rectamente identificado.

No ignora esta Sala el debate social y también político sobre la cuestión implicada tras el asunto que se examina. No es función de un Tribunal interferir en ese debate, que sobrepasa el ámbito nacional y en el que se contraponen posiciones y se barajan argumentos en favor y en contra de soluciones que propugnan mayor tolerancia en oposición a estrategias prohibicionistas. Menos todavía es función suya la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado.

Siendo muy generalizada y estando contrastada sanitariamente la convicción de que el consumo de drogas y estupefacientes es perjudicial para la salud pública, también de las llamadas drogas blandas, se arguye que podría ser más eficaz o arrojar en conjunto más réditos que perjuicios una política de tolerancia, acompañada de rigurosos controles y reglamentación, que huyese del prohibicionismo absoluto.

Es ese un debate que ni puede ser solipsista, ni puede dar las espaldas a una política criminal supranacional. En esta materia esa política ni es predominantemente interna; ni descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales. Esta característica es predicable de manera singular del ámbito de la Unión Europea. No puede España escapar a movimientos normativos internacionales en los que está inmersa y de los que ella misma es agente y parte (*vid.* además de las recomendaciones periódicas del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga –la última contem-

pla el período 2013-2020—, y entre muchas otras, la Recomendación de la Conferencia de Ministros de justicia de los Países iberoamericanos para la armonización de la legislación penal sobre drogas de mayo de 2015 suscrita con motivo de la XIX Reunión Plenaria de la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos donde, además de insistirse en la diferencia a efectos penales entre el tráfico y el consumo, se aconseja la despenalización del uso terapéutico de los derivados del cannabis con acompañamiento de una estricta regulación).

Por otra parte, ese debate no encuentra su escenario más adecuado de desarrollo en los tribunales de justicia llamados a aplicar la legislación vigente con todas las herramientas interpretativas que proporciona el ordenamiento y que se revelan especialmente necesarias en relación a tipos legales como el que hemos de examinar ahora de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según plástica expresión de algún comentarista, pero siempre respetando con fidelidad lo que se aparece como voluntad clara e inequívoca de la ley; sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice.

En el marco legal vigente es donde han de buscarse las respuestas al supuesto que se nos somete a consideración que, además, no es un caso solitario como demuestran entre otros factores, los ya relativamente numerosos pronunciamientos de este Tribunal.

Ese marco tiene su pieza central en el artículo 368 CP. Pero no es la única: 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.

SEXTO. 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 inequívocamente incluido entre las sustancias cuyo consumo se pretende combatir.

Tanto esa Convención de 1961 (artículo 36), como la posterior de Viena de 1988 (artículo 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, instrumento básico es 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 esa norma no afecta a lo que es determinante para abordar la cuestión que aquí debemos estudiar.

Sobran, por conocidas, consideraciones sobre el valor de una Decisión Marco y la forma en que vincula a los Estados miembros.

(...) Si mediante el artículo 368 CP se reputa debidamente incorporada al ordenamiento interno esa Decisión, no es fácil armonizar con los contundentes términos de ese precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en el cul-

tivo de cannabis para su distribución periódica a los miembros de una asociación en número superior a trescientos 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 algún esfuerzo dogmático tanto para considerar la actividad ahora contemplada como exclusivo consumo personal; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la interpretación 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 queremos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del consumo o cultivo compartidos como conductas impunes hasta los extremos a que llega la sentencia de instancia 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 solo relativamente 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 en la forma de funcionamiento de su Fiscalía. Los comportamientos que se desarrollan en un *coffeeshop* están regulados en el artículo 11 de la Dutch Opium Law en condiciones severas (cuyo incumplimiento da lugar a prisión). El artículo 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 gr. 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, 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. En los dos últimos años se vienen imponiendo políticas y normativas más restrictivas. Y no es dable la posesión en esos locales de una cantidad superior a 500 gr de marihuana.

El necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco aunque sea someramente de algunas otras tendencias en el derecho comparado.

No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países.

Uruguay es un muy significado ejemplo. Su 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. Podrán 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-.

Varios Estados de USA han legalizado el uso recreativo de la marihuana y en mayor número, para exclusivo uso medicinal. Las normas respectivas presentan diferencias. Coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En Oregón (donde la normativa entró en vigor en julio de 2015) se permite el cultivo de 4 plantas y la tenencia para el consumo personal de hasta 8 onzas (1 onza son 28,3495231 gramos). Además, se exige licencia para la producción, tratamiento y venta de marihuana. Este tipo de autorización específica se impone también en el Estado de Colorado, donde el número de plantas que se pueden cultivar se eleva a seis. Una onza es la cantidad máxima que se puede portar o entregar gratuitamente a un tercero (siempre que sea mayor de 21 años).

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 establecidos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.

Colombia legalizó el uso de cannabis pero solo con fines medicinales.

En Canadá se tramita una normativa que legalizaría en determinadas condiciones el consumo de cannabis previéndose su aprobación por el Senado en pocos días.

El supuesto de hecho aquí contemplado no quedaría amparado por ninguna de esas legislaciones. No lo perdamos de vista.

SÉPTIMO. En la esfera de la normativa administrativa 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 (artículo 18) a salvo las correspondientes autorizaciones.

La Ley de Seguridad Ciudadana (BOE 3 de diciembre 2014) contiene también alguna referencia no relevante para resolver este recurso.

A nivel autonómico y local el cuadro normativo se ha enriquecido aunque a veces en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal, lo que ha dado lugar a la correspondiente reacción jurisdiccional.

La Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre (LNA 2014, 336), reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra proporcionaba cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación (arts. 22 y 23). Tales disposiciones han sido anuladas por la STC 144/2017, de 14 de diciembre ya aludida: «... es el artículo 149.1.6 CE el que tiene más estrecha relación con la materia que aquí nos ocupa, dada la tipificación penal de determinadas conductas relacionadas

con el consumo de drogas y estupefacientes, consideradas contrarias a la salud pública. Siendo así que la invasión competencial que se imputa a la Ley Foral 24/2014 recurrida consiste en la regulación de un instrumento (los clubes de cannabis) a través del cual se facilita el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis, aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente. Si, en determinados supuestos, las asociaciones de usuarios de cannabis que la norma autonómica contempla pudieran llegar a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar. Aun no tratándose, pues, de una norma penal propiamente dicha, si autorizara comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, estaría la Ley que nos ocupa menoscabando el ejercicio de la competencia estatal. En definitiva, las consecuencias que, más intensamente en el ámbito penal, puedan derivarse de determinadas actividades de las asociaciones de usuarios de cannabis reguladas en la Ley impugnada, determinan que hayamos de considerar título prevalente en este caso el del artículo 149.1.6 CE.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la consecuencia principal de la Ley impugnada no es otra que el de establecer una cobertura legal para las actividades de consumo de cannabis, invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el de asociación, para así evitar cualquier consecuencia incriminatoria, ya lo sea en vía penal o en la vía administrativa sancionadora...

... Llegamos a la conclusión de que la Ley Foral 24/2014 invade la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente regula, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que se refiere».

La Ley 1/2016, de 7 de abril de Atención Integral de Atenciones y Drogodependencia del País Vasco ha visto encorsetada la interpretación de su artículo 83. No puede entenderse lo dispuesto en tal precepto como habilitación para crear asociaciones en cuyo seno se distribuya marihuana (STC 29/2018, de 8 de marzo).

El Parlamento de la Generalidad de Cataluña aprobó igualmente la Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis. Su vigencia está suspendida al haberse admitido a trámite el recurso interpuesto por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional (4 de diciembre de 2017).

Existen también como disposiciones de inferior rango. Ahora resulta innecesario mencionarlas.

**OCTAVO.** Volvamos al ordenamiento penal. El artículo 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 difu-

sión 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 facilitararlo. 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 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» (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 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 artículo 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 es 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 artículo 344 del C. P. cae por su peso que por «consumo ilegal» de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse 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. 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 artículo 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. 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. 96.1 C. E). Estos Convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art. 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. 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 artículo 344 del C. P., como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente « (énfasis añadido).

El artículo 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve.

El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas. Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, se convierte en conducta típica. Aunque hay que apresurarse a recortar la excesiva consecuencia –el cultivo no autorizado siempre es delictivo– que de forma precipitada podría extraerse de esa aseveración.

No es así: al igual que 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 es atípico cuando no se detecte alteridad presupuesta de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros. El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal.

El cannabis, como es sabido, es uno de los estupefacientes con ciclo natural de cosecha. Los actos de cultivo del mismo son punibles sólo en cuanto tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros.

NOVENO. La desmesurada amplitud, ya aludida, con que se describe 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 (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia) entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido.

Si particularizamos los requisitos reiterados por el TS para aplicar esta doctrina, las posibilidades de proyectarla a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas. Lo pone de manifiesto el recurso del Fiscal. La Sala de instancia bienintencionadamente ha estirado esa doctrina del consumo compartido hasta llegar a romper sus costuras.

Ni en su fundamento ni en sus requisitos pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis.

Nos detendremos después en ella.

Antes recordemos que se cuenta con un precedente jurisprudencial 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. Merece la pena recordar los hechos probados de aquella sentencia. Los responsables de la asociación fueron condenados,

después de haber sido absueltos por la Audiencia que había considerado que su actividad «no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominaron el hecho del cocultivo».

La Asociación estaba inscrita en el correspondiente Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya. En sus estatutos se explicitaban como fines entre otros, al estudio biológico del Cannabis Sativa y la creación de un foro de debate público en relación a todas las cuestiones que se derivan del consumo de dicha sustancia. Se excluía expresamente como fin de la Asociación el fomento o difusión del consumo de Cannabis.

(...) La sentencia sienta la siguiente afirmación: «Es claro que los acusados sabían lo que hacían y por lo tanto conocían los elementos del tipo, pues en su memoria explicativa de las actividades de la asociación expusieron su actividad de plantación de cáñamo índico en la finca de Riudecoms, como consta en los hechos probados. Quienes saben que cultivan cáñamo índico saben todo lo necesario para obrar con dolo en relación al artículo 344 CP, a pesar de que puedan haber pensado que esta conducta no era la definida en el tipo penal como prohibida».

Antes explica que, aunque la Audiencia demuestra un digno esfuerzo argumental que no se puede pasar por alto, se percibe, sin embargo, que el Tribunal a quo no ha tenido en cuenta que el delito definido por las diversas acciones del artículo 344 CP es un delito de peligro abstracto. Estos delitos son aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido para decirlo con palabras de un reconocido autor en estos delitos «la evitación de los peligros concretos y las lesiones es, por lo tanto, sólo el motivo legislativo, sin que su existencia sea un presupuesto de la tipicidad».

Desde este punto de vista, el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto. La cuestión de la idoneidad de la que se habla en la sentencia, consiguientemente, no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto».

DÉCIMO. La filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido –«compra conjunta» o «bolsa común» son quizás, como se dijo, denominaciones más precisas– no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando.

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio; una de las muy abundantes que, con unos matices u otros, con el acento puesto en unas cuestiones o en otras, se atienen a las líneas maestras de esa enseñanza jurisprudencial:

«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 reprochable 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» (énfasis añadido).

UNDÉCIMO. Volvamos al 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 consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental), sino sobre todo su filosofía inspiradora.

No se trata de imputar a los responsables de la Asociación el mal uso por parte de algunos socios o el incumplimiento de sus compromisos; es que precisamente esa incapacidad de controlar inherente a la estructura creada comporta el riesgo de difusión, uno de los objetivos que se propone combatir el legislador penal. Por supuesto que a los directivos de la Asociación no se les puede atribuir responsabilidad por el hecho de que un socio haya hecho entrega a persona no consumidora de parte de la sustancia; o si la vende traicionando sus obligaciones asociativas. Pero sí son responsables de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales cuando se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen a centenares de personas cuyas actitudes o motivaciones no pueden fiscalizarse.

Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal a quo, 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 de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo –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 preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse «reducido» y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones.

Uno de los requisitos exigidos para considerar la atipicidad del consumo compartido, es la exclusión de actividades de almacenamiento masivo, germen, entre otros, de ese «peligro» que quiere desterrar el legislador.

Se hace por todo ello muy difícil admitir que no se considere favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.

Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos. 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 artículo 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

DUODÉCIMO. El anterior desarrollo no obsta 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 artículo 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. Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media un largo trecho. Hay conductas ilícitas –el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (artículo 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.

En primer lugar hay que proclamar que 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 traspasa 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.

La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes puede alcanzar a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a un grupo reducido de consumidores en condiciones congruentes con sus principios inspiradores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo. Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una producción, punible por estar puesta al servicio del consumo de un número de personas indeterminado *ab initio* y abierta a incorporaciones sucesivas de manera más o menos indiscriminada y espaciada, mediante la captación de nuevos socios a los que solo se exige la protesta de ser usuarios para incluirlos en ese reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo.

Evaluar cuándo aquella filosofía que vertebra la atipicidad de la «compra compartida» puede proyectarse sobre supuestos de cultivo 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, factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es función de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) establecer 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 artículo 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 artículo 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aun 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 favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo; sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. La ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan, (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como ésta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre) son otros factores de ponderación.

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, más o menos informal pero sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, pero 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, no dejará de ser ilícita–, ayudarán a afirmar la atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

En el supuesto ahora analizado un escaso núcleo de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo,... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio 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 no tolerada penalmente.

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 entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de un listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos en que el legislador quiere protegerlo. Si no, degradaríamos el bien jurídico –salud pública– convirtiendo anómalamente el delito en una especie de desobediencia a la jurisprudencia. El ataque a ese bien jurídico penalmente tutelado no depende tanto de que se hayan cumplimentado formalmente todas esas exigencias o no, de modo que si faltase cualquiera de ellas (local cerrado; consumo inmediato...) ya necesariamente quedaría invadido el campo penal, como de otros rasgos de mayor fuste de los que aquellos son meros indicadores.

(STS 373/2018 de 19 de julio).

## ARTÍCULO 377 CP

*Tráfico de drogas. Multa: en la determinación de la multa proporcional en tráfico de drogas se permite optar, de forma alternativa y sin preferencia entre ellas, entre el precio final del producto o al importe de la recompensa o ganancia obtenida o podida obtener el acusado, lo que está en consonancia con los criterios de imposición de la multa del artículo 52 CP. Voto particular.*

(...) Desde la consideración del gravoso alcance que la multa proporcional puede llegar a tener sobre el patrimonio del penado, proclamábamos que en los delitos de los artículos 368 a 372 del Código Penal, la determinación de la cuantía de las multas había de regirse con sujeción al artículo 377, que al especificar que: «el valor de la droga objeto del delito será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener», introducía una fórmula alternativa para individualizar la multa, que permite optar al juzgador entre utilizar como valor de referencia el precio final del producto o recurrir al importe de la recompensa o ganancia obtenida o podida obtener. Se rechazaba así que la norma imponga que la valoración de la droga deba de hacerse recurriendo al precio final del producto como criterio de preferencia, de modo que el criterio del beneficio obtenido quedara limitado a una aplicación subsidiaria o subordinada, al entender la Sala que la ponderación que faculta la alternatividad de ambos criterios, resulta más conforme con el artículo 52 del Código Penal, que al regular la multa proporcional, establece que «1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo», y añade que: «2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable».

En los mismos términos se ha expresado esta Sala en su también reciente sentencia 313/2018, de 28 de junio, donde expresamos que: «el único criterio de preferencia para determinar e individualizar la pena de multa es el de la situación económica del culpable [del artículo 52.2 del Código Penal], a la que se vuelve a referir el precepto en el caso de cambio de circunstancias económicas en los artículos 52.3 y 51 del Código Penal. El artículo 52 refiere, también como criterio de individualización de la

pena de multa, el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio que intentare obtener. En igual sentido artículo 377 Código Penal, que refiere, de una parte, que el valor de la droga es el precio final del producto y añade que, para la determinación de la cuantía de la multa se realizará atendiendo al valor de la droga o a la recompensa o ganancia obtenida por el reo. Los dos parámetros ofrecen una alternativa al juzgador, el valor de la droga o la recompensa o ganancia obtenida. Las dos alternativas están dispuestas entre la conjunción «o», lo que indican una diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Consecuentemente, las posibilidades son alternativas y no hay, entre ellas, preferencia alguna, sin perjuicio de la especial consideración que el valor de la droga para evitar la rentabilidad económica del delito». Y añadía que la expresión «en su caso» del artículo 377 del Código Penal «va referida aquellos supuestos en los que el beneficio obtenido o que se espera obtener sea, en efecto, una alternativa, es decir, que figure el hecho probado de la sentencia, las dos posibilidades de la alternativa, el valor de la droga y el beneficio que esperaba obtener. La expresión, en su caso, hace referencia, precisamente, a la existencia de la alternativa que posibilite las facultades de opción por una u otra».

(STS 448/2018 de 10 de octubre).

#### ARTÍCULO 434 CP

*Malversación de caudales públicos. Grave daño o entorpecimiento al servicio público. Caso Nóos: inexistencia: dinero malversado de 445.000 y 175.000 euros destinado a promoción turística, sin que se vea afectado el servicio público por la sola cuantía de lo dispuesto.*

(...) Por último, aunque voluntariamente construidas, tampoco son acogibles las indicaciones del recurso encaminadas a mostrar un daño efectivo en el servicio público. Por una parte, porque el capital de una fundación que opera fundamentalmente con subvenciones públicas no es un término de comparación adecuado. El capital social no siempre es correlativo al presupuesto manejado. Por otra parte, porque se invocan perjuicios hipotéticos y no un concreto daño al servicio público: el Código habla de daño o entorpecimiento producido; no de eventuales beneficios no alcanzados por supuestas y muy benéficas aplicaciones que podamos imaginar en abstracto y que podrían haberse dado a los fondos. Esos fondos concretos malversados estaban vinculados a ese programa estratégico y observatorio atinentes al turismo deportivo. Su utilidad social dista de ser esencial; antes, bien, resulta más que discutible. De hecho, el Fiscal la cuestiona en otros apartados de su recurso. Las razones que aducirá el Fiscal para reclamar que se encuadren también en la malversación inversiones de signo similar por la orfandad justificativa en cuanto a su utilidad pública habrían de llevar aquí a considerar no probado un grave daño social derivado de no haberse llevado a cabo ni el plan estratégico ni la implantación del observatorio. Las dudas probatorias en uno y otro caso han de resolverse en la forma más favorable al acusado. Así hizo la Audiencia correctamente en trance de decidir si reconducía a la malversación esos otros desembolsos por prestaciones cuya relevancia y aportación al interés público resultaban dudosos. De la misma forma hemos de resolver nosotros la duda sobre si el incumplimiento de esos compromisos que, pese a ello, fueron retribuidos (malversación), afectó de forma relevante a un servicio público que se habría visto como consecuencia de ello entorpecido.

Incluso en la STS 277/2015, de 3 de junio (y no 3 de mayo como, sin duda por un lapsus disculpable, señala el Fiscal) que sirve de guía al recurso, se acaba analizando en concreto por qué se entiende afectado un servicio público:

El Código invita a valorar dos factores –cuantía y afectación del servicio público–. La cuantía por sí sola no bastaría para la agravación.

Dice el artículo 432.2 CP: «Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

La norma obliga a atender a esos dos parámetros conjuntamente. Así se deriva de la copulativa «y». No basta solo la elevada cuantía de la malversación; es necesario también que exista un daño o entorpecimiento del servicio público (STS 429/2012, de 21 de mayo). La reforma que entrará en vigor el próximo 1 de julio varía sustancialmente los términos en que habrá de plantearse esta cuestión al crear ya diferenciadas y con autonomía las modalidades agravadas y no una única con doble soporte.

En ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse sin más la inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos (STS 1919/2013, de 22 de marzo que hace un meticuloso recorrido por todos los precedentes jurisprudenciales recaídos sobre el artículo 432.2 CP). Pero es insoslayable una referencia a un servicio público concreto...

(...) La ecuación «cuantía elevada equivale a daño de un servicio público» no sería rigurosamente exacta. Así lo subraya la STS 806/2014, de 23 de diciembre que en todo caso valora también que pese a ser muy alta la cantidad malversada había de distribuirse a lo largo de cinco años. Aquí es patente que el monto de los fondos distraídos es muy importante y está muy por encima de la mayor parte de los contemplados en precedentes jurisprudenciales antes enunciados.

Así pues, la cuantía, siendo un elemento muy relevante, no basta. Pero eso no lleva a dar la razón al recurrente por varios motivos:

a) En el precedente que se acaba de reseñar se trataba de una cantidad que había que distribuir a lo largo de años y que además no estaba específicamente adscrita a un servicio público.

b) En este caso también puede entenderse perturbado el «servicio público» cuya conceptualización a los efectos de este precepto no puede hacerse por asimilación a categorías estrictamente administrativas y reglamentistas. No podemos lastrar el precepto con una concepción solipsista, autista o anacrónicamente «nacionalista» en un mundo globalizado en que las necesidades de otras poblaciones no nos resultan ni ajenas ni distantes. La solidaridad con países o zonas geográficas desfavorecidas es reivindicación y reivindicación no secundaria de la ciudadanía. Se canaliza a través de las asignaciones en los presupuestos de cuentas públicas a esas finalidades de ayuda a países necesitados de desarrollo. Esas ayudas no pueden considerarse una especie de «lujo» o algo ajeno al servicio público entendido en ese sentido amplio. Derivar a fines particulares un montante elevadísimo de lo que los presupuestos autonómicos destinarían a esos fines solidarios supone afectar al servicio público así perfilado y no vinculado de manera miope o alicorta a concepciones ius administrativistas; supone defraudar y pisotear nobles sentimientos del ciudadano que con agrado desea ver destinada una parte de su contribución al erario público a esos fines solidarios transnacionales aunque ello comporte disminución indirecta de las prestaciones públicas de que él podía beneficiarse.

(STS 277/2018 de 8 de junio).

## ARTÍCULO 439 CP

*Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Caso Ayuntamiento de la Muela: arquitecto y secretario de Ayuntamiento que participan en sociedad que adquiere terrenos para construcción de viviendas en el municipio en el que ejercen sus funciones y respecto de lo que ellos deben informar para la reparcelación de esos terrenos.*

(...) El título de condena de ambos recurrentes constituido por el delito de negociaciones prohibidas del artículo 439 del Código Penal exige: a) en cuanto al sujeto activo que sea: 1.º– Autoridad o funcionario público. 2.º– Que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad; b) como comportamiento que se aproveche de tal circunstancia c) que el objetivo de tal aprovechamiento sea para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

(...) Este delito ha sido modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658), con entrada en vigor a partir del 23-12-2010, sustituyendo la expresión «debiendo informar» por «debiendo intervenir».

Como se recordaba en nuestra STS n.º 765/2014 de 4 de noviembre, el bien jurídico protegido es la imparcialidad de los integrantes de la Administración Pública. Para ello, con la finalidad de no llevar a cabo lo que se han venido denominando «zonas de confluencia», sanciona, en realidad, su falta de abstención por la vía penal, pues se comprende dentro de dicho precepto la conducta de aquella autoridad o funcionario que teniendo que informar, hoy (LO 5/2010) intervenir, en cualquier asunto público, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones (artículo 439).

Esto es, se trata de obtener por parte del funcionario un aprovechamiento –que la ley lo denomina «forma de participación»– mediante el informe o la intervención en asuntos de toda clase, con tal que sean de su incumbencia pública.

Pues bien, la actividad en que había de intervenir uno y otro recurrente era la que por medio de ellos llevaría a cabo el Ayuntamiento en relación con el sistema de gestión por compensación. Por otra parte, el tipo penal no exige que ya se haya desplegado esa «información» o «intervención», sino que basta que haya de efectuarse y sea en atención a ello o prevaliéndose de ello que el funcionario logre un aprovechamiento.

(STS 213/2018 de 7 de mayo).

## ARTÍCULO 468 CP

*Quebrantamiento de condena. Requisitos del tipo penal. Tipo subjetivo. Distancia. Inexistencia: incumplimiento de la orden de alejamiento: la distancia establecida debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta.*

(...) 1. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o

custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de la misma. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone.

Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple.

2. En el caso, el Juez de lo Penal consideró que existían dudas acerca de la concurrencia del elemento subjetivo. Aunque se refiere a la intención del sujeto, al decir que no puede inferirse que su intención, en definitiva, fuera «infringir o quebrantar la medida cautelar de alejamiento existente situándose, de forma presunta, a una distancia inferior a los 200 metros indicados», parece que, en realidad, lo que no considera acreditado es que el acusado supiera que estaba cerca de la calle donde está el domicilio de ella. En realidad, lo que no se puede inferir es que supiera que estaba quebrantando la prohibición de aproximación.

(...) A pesar de ello, conviene satisfacer el interés casacional, en lo que se refiere al criterio correcto para determinar en cada caso si el sujeto se encuentra a una distancia inferior a la establecida en la prohibición de aproximación.

Como hemos dicho, a través de esta prohibición se pretende evitar que el obligado por ella se acerque a la víctima o a las personas determinadas en la resolución, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La finalidad de la medida es garantizar la seguridad y la tranquilidad de esas personas, evitando la coincidencia física con el autor de los hechos que dan lugar a su adopción. Se trata de preservar a la víctima de los hechos de los daños que la presencia del autor puede ocasionar a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad y a su seguridad (STS n.º 840/2014, de 11 de diciembre).

Dadas las innumerables posibilidades que presenta la realidad, las características concretas de la medida podrán depender de las peculiaridades de cada caso, de forma que el Juez o Tribunal que la acuerde deberá, en lo posible, determinar las condiciones en las que la misma deberá cumplirse, de modo que se obtenga la seguridad de la víctima, sin desconocer las exigencias de proporcionalidad de la reacción penal frente a unos determinados hechos.

Con la adopción de la prohibición se configura un espacio físico en el que se pretende garantizar que la víctima pueda circular y moverse con libertad sin la posibilidad de encontrarse físicamente con el autor de los hechos; un espacio donde, evitando la presencia de aquel, se garantice la seguridad de la víctima y su tranquilidad, al objeto de desarrollar una actividad vital normalizada. Desde esta perspectiva, la medida en línea recta se presenta como más segura, y no solo para la víctima, que puede establecer con facilidad los lugares a los que puede acudir sin aquel riesgo sin necesidad de calcular la distancia a la que se encuentran los distintos puntos de diversos recorridos posibles. Sino incluso para el autor de los hechos, que podrá establecer con la misma facilidad, sobre plano, los lugares a los que no podrá dirigirse al quedar afectados por la prohibición. Lo cual le permite incluso someter a la consideración del Juez o Tribunal que ha acordado la prohibición la existencia de detalles que pudieran hacer desproporcionada la prohibición en algunos aspectos, haciendo aconsejables algunas precisiones.

También ha de tenerse en cuenta que los avances de la técnica permiten en la actualidad que el control acerca del cumplimiento de la medida se efectúe mediante aparatos telemáticos que miden en línea recta la distancia entre dos puntos. Es cierto que se trata de un aspecto más bien práctico, pero no es irrelevante en cuanto a la

garantía de obtener la seguridad que se pretende con la prohibición. En este sentido, resulta más seguro acudir al criterio de la medición en línea recta.

La corrección de los supuestos límite, será posible, en general, acudiendo a dos vías. En primer lugar, mediante el análisis de la concurrencia del elemento subjetivo. Y, en segundo lugar, incluso del objetivo, especialmente en los casos en los que, aunque la distancia prohibida haya sido rebasada, las características del lugar excluyen de forma absoluta la posibilidad de que la presencia en el mismo del sujeto obligado pueda perturbar de forma alguna la seguridad o la tranquilidad actuales o futuras de la víctima.

(STS 691/2018 de 21 de diciembre).

## ARTÍCULO 515 CP

*Asociación ilícita. Concurso de normas penales. Caso Gurtel-Fitur: creación de entramado de empresas, todas relacionadas entre sí bajo la jefatura de un acusado y con la intervención de otros para la comisión delitos en connivencia con funcionarios públicos.*

(...) Son requisitos del delito del artículo 515.1.º CP: a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) la consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo sea duradero, y no puramente transitorio; y d) el fin de la asociación, que en el caso del artículo 515.1.º CP, 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 (SSTS núm. 69/2013, de 31 de enero, 544/2012, de 2 de julio, 109/2012, de 14 de febrero, 740/2010, de 6 de julio, 50/2007, de 19 de enero, 415/2005, de 23 de marzo, 421/2003, de 10 de abril, 234/2001, de 23 de mayo, ó 1/1997, de 28 de octubre).

En la misma línea, interpretando dichos conceptos, se mueven las SSTS núm. 950/2013, de 5 de diciembre, 855/2013, de 11 de noviembre, 719/2013, de 9 de octubre, 146/2013, de 11 de febrero, 143/2013, de 28 de febrero, ó 112/2012, de 23 de febrero, por citar algunas de las más recientes.

(...) El delito de asociación ilícita no puede ser aplicado por el hecho de no existir, al tiempo de los hechos, el actual delito de organización delictiva. La asociación que es típica del delito es aquella que se forma, en el supuesto que interesa a esta casación, para delinquir artículo 515.1 CP). En el caso, comprobamos un hecho relevante cual es la constitución de una pluralidad de sociedades que se forman no para desarrollar una actividad en el tráfico jurídico y mercantil con una actuación propia y diferenciada unas de otras, sino que se trata de una entramado de empresas, unas para desarrollar una actividad, otras para asegurar el disfrute económico de lo que las otras gerencian, en definitiva, un entramado para posibilitar el delito y eludir su persecución y facilitar la obtención de los beneficios obtenidos. Desde esa perspectiva de utilización de un entramado empresarial dirigido a la comisión y ejecución de delitos es desde la que la subsunción realizada es procedente. La pluralidad de sociedades y empresas es desarrollada para dar una apariencia de ajenidad y poder realizar facturaciones por hechos asociados o que forman parte del contrato adjudicado.

(...) El delito de asociación ilícita recoge la conducta referida a la constitución de grupos o asociaciones que posibilitan una estructuración permanente, jerarquizada y

ordenada a la realización de hechos delictivos. El Código no proporciona una definición de los que deba entenderse por asociación ilícita, atribuyéndose esa categoría a la agrupación de personas con una finalidad de permanencia y consistencia con una cierta organización jerarquizada y especialmente dispuesta. Aquí también cuando la pluralidad de sociedades es empleada no para operar en el tráfico económico que es propio, sino para enmascarar la actividad estatutariamente dispuesta. En el delito de asociación ilícita del artículo 515.1.º –asociación para delinquir– el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional o el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. 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 artículo 515.1.º 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.

No cabe 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 codeincuencia 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 ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar (Sentencia de 17 de enero de 1986).

(...) No hay vulneración del principio *bis in idem* dada la diferenciación de bienes jurídicos objeto de tutela y protección y las distintas dinámicas de comisión.

(STS 214/2018 de 8 de mayo).

## ARTÍCULOS 554 Y 572 CP

*Estragos terroristas. Concurso de normas penales. Atentado con bomba contra casa cuartel: conducta absorbida por una tentativa de asesinato de carácter igualmente terrorista, al no quedar afectado por la regla concursal del artículo 346.3 CP que sólo contempla los casos de consumación, es decir producción efectiva de la lesión a la vida, integridad, o salud.*

(...) Expuso el Fiscal de forma solvente cómo a tenor de la doctrina jurisprudencial el delito de asesinato terrorista en grado de tentativa ha de absorber los estragos también en grado de tentativa.

La STS 136/2006, de 15 de febrero: analiza tangencialmente esta cuestión aunque parece insinuar una solución diferente. Reproducimos de ella un largo pasaje



porque abunda en el tema que hemos abordado en el fundamento anterior: Cuántas tentativas de asesinato deben apreciarse en supuestos de atentados frustrados frente a un colectivo indeterminado aunque el dolo sea meramente eventual (por ciento ochenta y cuatro tentativas de asesinato condenaba la confirmada por el Tribunal Supremo en ese particular): «El recurso vincula el motivo de error de hecho con el segundo reproche casacional en el que se alega infracción de ley por incorrecta aplicación del artículo 572.1.1 CP, cuando el precepto aplicable a los hechos probados sería el artículo 346 CP que tipifica el delito de estragos, en el que se integra la actuación de los acusados, reiterando que éstos «tenían la intención de causar grandes destrozos en la estación de tren de Chamartín [y que] su objetivo no era la causación de daños personales, aun cuando pusieran en peligro la vida de las personas, como lo «evidencia».... Tanto los sistemas de aviso, como la hora a la que se pretendía que estallara el explosivo...».

El tipo delictivo de estragos contemplado en el artículo 346 CP se nuclea en torno a dos condiciones: la utilización de medios de gran poder destructivo capaces de causar la destrucción de determinadas instalaciones o los específicos efectos que se expresan en el precepto, y –como novedad del tipo vigente–, la creación de un peligro para la vida o integridad de las personas, que debe encontrarse ínsito en la acción («comportaren necesariamente», especifica el precepto). Se trata, pues, de un tipo mixto de resultado (daños materiales) y de peligro (de la vida o integridad), generado éste, precisamente, por la acción destructiva, siendo necesario que el riesgo de muerte o lesiones para las personas esté abarcado por el dolo del autor, al menos a título eventual. Por lo demás, es claro que este delito admite formas imperfectas de ejecución, como la tentativa, acabada o inacabada.

El número 3.º del precepto establece que en el caso de que el riesgo mencionado se realice de manera que junto a la destrucción del objetivo, la acción típica produzca un resultado efectivo de lesión o muerte de las personas, estos resultados serán sancionados separadamente con la pena propia del delito que constituyen tales resultados contra la vida o integridad de las personas, es decir, creándose por voluntad del legislador una situación de concurso real de delitos.

Pues bien, el motivo casacional sostiene que la intención de los acusados era la de causar grandes destrozos en la estación de ferrocarril de Chamartín, pero no daños personales, aun cuando se acepta que pusieron en peligro la vida de las personas, por lo que los hechos debieron ser calificados como delito de estragos en grado de tentativa porque, al no darse el supuesto del inciso segundo, esto es, al no concretarse el peligro para las personas por no haberse producido la explosión que hubiera originado la destrucción material de la estación y las muertes o lesiones de las víctimas, no cabe calificar los hechos como tentativa de homicidio terrorista.

Pero la censura no puede prosperar. En primer lugar, el Tribunal de instancia no aplica el mentado inciso segundo, porque, como es de ver, no sanciona separadamente el intento de estragos y el intentado delito de homicidio, sino que califica los hechos únicamente como constitutivos de este último. Y debemos ya afirmar que la subsunción, integrando la actuación de los acusados en el artículo 572.1.1 CP como delito intentado, es jurídicamente correcta.

Y ello es así desde el momento en que el escenario que nos muestra el Hecho Probado, no es la colocación por los acusados de una poderosa carga de explosivo de gran poder destructor en la estación para que ésta fuera devastada a las 15,55 horas del 24 de diciembre, 45 minutos después de que el tren Irún-Madrid, hubiera llegado a la estación de su destino. La acción de los acusados, fuera con aquel propósito o con otro, consistió en esconder en un tren repleto de pasajeros una gran cantidad de alto explosivo, mucho tiempo antes al previsto para su explosión y a mucha distancia de la

estación que aquéllos tenían la intención de volar. Quiérese decir que durante varias horas (desde las 08'30 hasta las 15'12, hora prevista de llegada, contando con que ésta se hubiera producido con puntualidad), y durante muchos kilómetros, las 184 personas que viajaban en el tren estuvieron sometidos a un peligro gravísimo, actual, real para sus vidas por la acción consciente y voluntaria de los acusados ante la posible y probable deflagración de la materia explosiva que hubiera podido producirse fácilmente por multitud de causas en cualquier momento de tan largo recorrido y duración. Así resulta de los dictámenes periciales recogidos en la sentencia impugnada, que afirmaron que la explosión podía haberse producido no sólo por la finalización de la temporización sino, al ser unos sistemas muy sensibles, al recibir un golpe fortuito como el producido al colocar otra maleta encima, con el propio movimiento del tren («traqueteo», según dijeron) e incluso con el aparato eléctrico de una tormenta (aclararon que ese día la había) pues se trata de un circuito eléctrico modificado. Y ninguna duda cabe que tal eventualidad debió haber sido prevista por los autores del hecho, por lo que, representándose la probabilidad del resultado y asumiendo éste sin abdicar de la acción que lo produciría, es palmario que nos encontramos ante una acción constitutiva de delito de homicidio con dolo eventual, en grado de tentativa...

Es esta actividad la que integra el delito por el que los acusados han sido condenados, que tipifica el artículo 572.1.1 en relación con el 16.1 CP y ello con independencia de lo que hubiera podido haber sucedido después de la llegada del tren a Chamartín. Porque aquí lo que prevalece es lo que realmente acaeció: la colocación de una gran cantidad de dinamita en un tren por personas pertenecientes y miembros activos de una organización terrorista como es ETA, que por las circunstancias concurrentes pudo explotar en cualquier momento y causar la muerte de cuantas personas viajaban, aun cuando ese resultado, previsible, previsto y aceptado, no fuera directamente querido por los autores del hecho.

A este respecto, conviene recordar la incesante doctrina de esta Sala plasmada en numerosos precedentes jurisprudenciales según la cual, el elemento subjetivo del delito de homicidio no es el «*animus necandi*» o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual, que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa directa e inmediata del resultado producido (STS de 8 de marzo de 2004).

Como se argumenta en la STS de 16 de junio de 2004 el dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse también, entre otras muchas SS. T. S. de 1 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2005).

Al margen de lo hasta aquí expuesto, no debemos omitir otra consideración que estimamos relevante: la concreta acción criminal efectuada en el tren es bien diferente de la que se proyectaba ejecutar en la estación de Chamartín; también serían bien distintos los previsibles resultados causados por la primera, como los proyectados por la segunda, apreciándose la misma diferencia en cuanto a las víctimas, dado que en la primera lo habrían sido los pasajeros del tren, distintos de las personas que hubieran fallecido de haberse producido la explosión pretendida en la estación, por cuanto, según el «*factum*» y los propios recurrentes, ésta habría tenido lugar casi una hora después de que los pasajeros hubieran abandonado el tren, por lo que las eventuales víctimas de la deflagración de la bomba lo hubieran sido otros pasajeros o/y las personas que en ese momento se encontraran en el radio de acción del estallido.

Ello quiere decir que, en realidad, no hubiera existido inconveniente alguno en calificar los hechos como constitutivos de un concurso real de delitos: el múltiple homicidio intentado, como resuelve la sentencia, y el delito, también intentado, de estragos.

Nótese cómo si la sentencia concluye advirtiendo que hubiese sido factible acudir al concurso real es por la solución de continuidad que establece entre la tentativa de homicidio múltiple y la tentativa de estragos: dos momentos diferenciados.

La STS 2084/2001, de 13 de diciembre también invocada en la vista por el Fiscal, argumenta de otra forma; en supuesto más equiparable al aquí examinado por cuanto la acción con ese doble objetivo (muertes y estragos) estaba proyectada como única y simultánea. La cita es doblemente pertinente pues al hilo de su discurso se vierte también una consideración sobre la no vinculación con precedentes cuando se aprecia un error jurídico:

El siguiente motivo, primero de los formalizados por ordinaria infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim, denuncia indebida aplicación del artículo 572.1.1.º y 2, en grado de tentativa, y 572.1.2.º y 2, en grado de consumación, CP 1995, «en concurso ideal con un delito de terrorismo consumado del artículo 571 (en relación con un delito de estragos del artículo 346)».

Se aduce en el desarrollo del motivo que los hechos debieron ser calificados como un delito de estragos del artículo 554 CP 1973, como ya se sostiene en la calificación definitiva de los hechos por la defensa, añadiéndose ahora o «en todo caso, de un delito de atentado con resultado dañoso por el que condenó la primera sentencia» (artículos 231 y 233, también CP 1973).

El argumento no puede prosperar. La relación de ambos tipos penales, ya se trate de un concurso aparente de normas, es decir, los hechos podrían ser incluidos en ambos preceptos, pero uno sólo es el aplicable, precisamente por abarcar el total desvalor jurídico de la acción, como parece ser el caso, o un concurso ideal, el resultado sería el mismo, la aplicación del delito más gravemente penado, en el primer caso por el principio de especialidad y en el segundo conforme a lo dispuesto en el antiguo artículo 71 CP 1973, de forma que el tipo de los estragos del antiguo Código Penal no podría ser aplicado en ningún caso.

Lo que sucede es que la Sala ha entendido que la acción, desde el punto de vista del tipo subjetivo, estaba dirigida o tenía como finalidad causar la muerte de los Guardias Civiles y sus familias (atentar contra las personas). Siendo ello así, aplica el ar-

título 572.1.1.º y 2 CP 1995, en grado de tentativa. Debemos reproducir lo ya señalado a propósito del «*animus necandi*» al examinar el primero de los motivos del recurso y la corrección de la inferencia de la Sala cuando entiende la existencia del dolo directo, siendo igual para el caso que hubiese apreciado el eventual. La calificación precedente, sentencia de 21/11/90, no puede vincular a un Tribunal distinto y tampoco puede haber infracción del principio de igualdad, además de por ello, por cuanto se trata de pretender el mantenimiento de un error de derecho.

Ahora bien, habiéndose estimado el segundo de los motivos del recurso, excluyéndose las lesiones del «*factum*», la calificación del delito de terrorismo con resultado de lesiones consumadas carece de base de hecho y deberá ser suprimida.

En síntesis, los hechos son constitutivos de un delito de terrorismo con finalidad homicida, en grado de tentativa, previsto en el artículo 572.1.1.º y 2 CP 1995. La Sala añade que en concurso ideal con un delito de terrorismo consumado del artículo 571 del mismo Código cometido por medio de estragos. Aunque desde el punto de vista de la pena resultante es intrascendente, en rigor más que de un concurso ideal se trata de un concurso aparente de normas penales. En realidad lo que diferencia a ambos tipos es la finalidad perseguida por los autores. Cuando ésta se dirige a causar la muerte, lesiones, secuestro, detención ilegal, amenazas o coacciones, utilizando los medios o formas propias de los estragos o incendio, siempre que concurren las circunstancias señaladas en el primer inciso de ambos preceptos, deberá aplicarse el artículo 572, de forma que el concurso previsto en el inciso final del 571 « si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas « debe quedar reducido a los supuestos de imprudencia (ausencia de dolo). En cualquier caso, debe aplicarse el delito que impone pena más grave conforme a la regla cuarta del artículo octavo del Código Penal (principio de alternatividad). En el presente caso, teniendo en cuenta que la finalidad homicida queda reducida al grado de tentativa, las penas resultantes de la aplicación del artículo 571 y 572.1.1.º y 2 serían coincidentes, prisión de 15 a 20 años, pues habida cuenta el grado de ejecución alcanzado en el desarrollo del delito no es posible la rebaja en más de un grado ex artículo 62 CP».

Al existir una regla concursal específica, se excluye el concurso ideal o medial. Pero la regla no puede extenderse a las formas imperfectas.

El acogimiento de este criterio conduce a expulsar la pena separada impuesta por el delito intentado de estragos por tratarse de un concurso de normas excluible del radio de acción del artículo 346, al tratarse de infracciones no consumadas.

(STS 398/2018 de 12 de septiembre).

## ARTÍCULO 575 CP

*Terrorismo: capacitación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo.*

(...) La nueva redacción del artículo 575 del Código Penal, dada por LO 2/2015, adelantando las barreras de protección al bien jurídico antes contemplado, ha añadido la sanción del adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, más allá de sancionarse a quien hace proselitismo respecto de la actuación terrorista, se ha venido a condenar también a quienes se coloquen como destinatarios de actividades dirigidas a expandir los postulados violentos del grupo terrorista o concebidas para adiestrar a cualquiera en métodos que faciliten la comisión de atentados, siempre que la partici-

pación como receptor en estas enseñanzas responda a una voluntad consciente de facilitar el terrorismo, y con independencia de que la instrucción sea directamente buscada o adquirida por el sujeto activo, o haya sido dispuesta y le sea pertrechado por otros. Se condena así (artículo 575.1) a quien «... con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones»; además de a quién (artículo 575.2 «... con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior».

Esta nueva tipificación presenta el mismo bien jurídico que el anteriormente referido delito de cooperación con organizaciones terroristas, esto es, impedir que las organizaciones terroristas cuenten con un sustrato de personas que compartan su credo y que posean aptitud para sostener en el tiempo, de una manera eficaz, la acción criminal que les caracteriza. Es cierto —como sugiere el recurso— que pueden existir supuestos en los que alguno de los comportamientos de adoctrinamiento pasivo descritos en el artículo 575 del Código Penal, no necesariamente agoten la antijuridicidad de la colaboración externa con organizaciones terroristas contemplada en el artículo 577 del Código Penal, pero tal situación no es contemplable respecto del supuesto enjuiciado.

Por más que, como se ha dicho, el delito de colaboración con grupos terroristas sea ajeno a que el sujeto activo muestre una adhesión con los objetivos políticos o ideológicos perseguidos por la asociación criminal, cuando —como en este supuesto— la colaboración precisamente consiste en desplegar un comportamiento idóneo para captar o adoctrinar a terceros, incitándoles a incorporarse a la organización o grupo terrorista, o en adiestrarles para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo comprendidos en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II, del Código Penal, resulta obligado que el sujeto activo del delito, cuente con el conocimiento de los postulados o de la técnica que se transmite. Tras la reforma operada en el código penal por la LO 2/2015, se ha producido un corrimiento del umbral en el que arranca la protección penal respecto de las actuaciones terroristas, englobándose en el espacio de punición a cualquier comportamiento que esté destinado a obtener un conocimiento que pueda transmitirse después, siempre que concurra el elemento tendencial antes expuesto. Tradicionalmente, la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terroristas, se había combatido sancionando a los sujetos que adoctrinaban o adiestraban a terceros, pero el legislador, saliendo al paso de las nuevas formas de captación o de aprendizaje que facilitan las redes de comunicación y que son frecuentemente utilizadas por organizaciones terroristas de corte yihadista, ha pasado a sancionar el adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, a quienes reciben la formación, con independencia de que lo hagan o no por sí mismos. La opción del legislador pasa así a dar respuesta penal ante cualquier acto que se integre en la secuencia de capacitación, si bien reservando un marco penológico de mayor rigor para aquellos supuestos en los que el sujeto activo, lejos de limitarse a su propia formación, inicia la propagación de lo sabido, replicando el conocimiento para su expansión a terceros.

5. No puede acogerse tampoco que el delito de colaboración con organización terrorista pueda operar en concurso real con el delito intentado de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista, tal y como sostiene la acusación pública. El artículo 575.3 del Código Penal sanciona al que «

para ese mismo fin [capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, o delito de terrorismo], o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista ». El precepto supone un nuevo adelantamiento del ámbito de protección penal, sancionándose una actuación que resulta preparatoria del adoctrinamiento pasivo, de la colaboración con una organización terrorista, o de la integración de sus filas, siempre que el comportamiento iniciador consista en ubicarse en el lugar donde ese comportamiento es alcanzable, al fijarse como elemento descriptivo del tipo penal que el sujeto activo se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista. En todo caso, como acto preparatorio que es, el comportamiento ha de tener relevancia respecto del bien jurídico que se protege, lo que entraña que el desplazamiento y asentamiento del sujeto activo, lo sea con la intención de prestar una colaboración a la organización terrorista que se ubique dentro del ámbito de actuación del derecho penal, esto es, para prestar una colaboración que facilite o posibilite que la organización terrorista pueda realizar, mejorar o potenciar su actividad delictiva, favoreciendo sus acciones con actos de información, de vigilancia, de ejecución de atentados, de ocultación de sus miembros, de entrenamiento o, incluso, sosteniendo económicamente su actividad.

(STS 13/2018 de 16 de enero).



# Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (año 2018)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho  
Magistrado

En el año 2018, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha celebrado diversas reuniones, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 LOPJ, en las cuales se han adoptado los siguientes Acuerdos:

## 23 DE ENERO DE 2018

Sobre la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim.

1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.

## 28 DE FEBRERO DE 2018

1. Recurso de casación contra autos que resuelven jurisdicción.

Conforme a lo establecido en el art. 848 LECrim solo cabe recurso de casación contra autos que acuerden el sobreseimiento por falta de jurisdicción; y no contra los que la afirmen.

2. Interpretación del art. 34 Ley Hipotecaria.

Al amparo del art. 34 LH el adquirente de buena fe que confiado en los datos registrales inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, gozará de protección incluso en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal.



## 24 DE ABRIL DE 2018

Aprovechamiento de una situación de violencia: Hurto o Robo.

Cuando aprovechando la comisión de un ilícito penal en el que se haya empleado violencia, y en la misma relación de inmediatez y unidad espacio temporal se realiza un apoderamiento de cosas muebles ajenas se entenderá que se comete un delito de robo del art. 237 del Código Penal cuando se haya perpetrado con inmediatez al acto violento y sin ruptura temporal y la violencia empleada facilite el acto del apoderamiento.

## 27 DE JUNIO DE 2018

Fijación de criterios en caso de acumulación de condenas.

1. Las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta).
2. La nulidad como solución al recurso casacional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión.
3. Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce *ex novo* en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación.
4. En la conciliación de la interpretación favorable del art. 76.2 con el art. 76.1 C.P., cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido.
5. Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento.

Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba.

## 24 DE OCTUBRE DE 2018

Competencia en caso de incumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad.

El control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como condición de la suspensión de la pena de prisión, conforme a los arts. 80 y 84 del Código Penal, corresponde al órgano sentenciador (art. 86 CP).

Para propiciar una solución uniforme respecto de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como pena sustitutiva bajo la vigencia del derogado art. 88 del CP, cabe estimar que la competencia para declarar el incumplimiento también corresponde al órgano sentenciador. Ello en la medida en que la nueva regulación del art. 86 del CP introduce criterios más amplios que pueden favorecer al penado, y no impone en cambio el automatismo de la regulación precedente, donde el incumplimiento determinaba la revocación de la sustitución (art. 88.2 CP).

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado contratado Doctor)  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

## Circulares

### CIRCULAR 3/2018, DE 1 DE JUNIO, SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS INVESTIGADOS EN LOS PROCESOS PENALES

SUMARIO: 1. Introducción.–2. El derecho a la información, la libertad personal y el derecho de defensa.–3. La Directiva 2012/13/UE.–4. La regulación de la LECrim.–5. El derecho de información del detenido. 5.1 Regulación legal. 5.2 Información sobre los hechos y las razones motivadoras de su privación de libertad. 5.3 El acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención. 5.3.1 Identificación de los elementos esenciales. 5.3.2 El acceso al atestado policial. 5.3.3 Consideraciones finales sobre el acceso a los elementos esenciales. 5.4 El detenido en espacios marinos.–6. Derecho de información del investigado. 6.1 Nacimiento del status procesal de investigado. 6.2 Derecho de acceso a las actuaciones. 6.3 Restricciones al acceso a las actuaciones. 6.4 Derecho de acceso y copia de las actuaciones. 6.5 Derecho a ser informado de los cambios relevantes en el objeto de la investigación y de los hechos imputados.–7. Derecho de información en los casos de secreto del sumario. 7.1 Las excepciones al acceso a los materiales del expediente en la Directiva 2012/13/UE. 7.2 Regulación en la LECrim. 7.2.1 Momento de acceso. 7.2.2 Elementos a los que se debe dar acceso y forma.–8. El investigado sujeto a incomunicación.–9. El derecho de información del investigado en

el proceso por aceptación de decreto.–10. El reclamado sometido a una orden de detención europea.–11. El derecho de información en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.–12. El derecho de información en el proceso penal de menores.–13. Recapitulación sobre la actuación del Fiscal.–14. Cláusula de vigencia.–15. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho del sospechoso o investigado a ser informado de los hechos presuntamente delictivos que se investigan y los indicios y pruebas que existen acerca de su perpetración, constituye una de las manifestaciones esenciales del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, pilares del proceso penal.

Junto a ello, el establecimiento de estándares comunes en el tratamiento de los derechos fundamentales y, lógicamente entre ellos, de los derechos fundamentales de las personas investigadas en un procedimiento penal, se configura como presupuesto indispensable para el logro de un ámbito de confianza entre los diferentes sistemas judiciales de la Unión Europea. Esta confianza constituye la base para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal entre los Estados miembros, premisa necesaria para el desarrollo y mantenimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, consagran el derecho a la libertad y la seguridad de las personas y el derecho de defensa.

Sin embargo, para reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros, desde la Unión Europea se advirtió la necesidad de establecer normas detalladas sobre la protección de las garantías y los derechos procesales. Con este objetivo, en el año 2009 el Consejo Europeo aprobó un plan de trabajo orientado a reforzar los derechos procesales de las personas investigadas en un procedimiento penal, incorporándolo al denominado programa de Estocolmo que, recogiendo el testigo de las conclusiones aprobadas en el Consejo Europeo celebrado en Tampere en 1999, venía a establecer las prioridades de la Unión Europea en su objetivo de creación del pretendido Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia durante el periodo 2010-2014. En concreto, el plan de trabajo se proponía el desarrollo de medidas legislativas armonizadoras relativas al derecho a la interpretación y a la traducción, al derecho a la información de personas investigadas, al derecho de asesoramiento jurídico y justicia gratuita, al derecho de las personas detenidas a comunicarse con sus familiares, con su empleador y con las autoridades consulares, y a las salvaguardias especiales para determinados investigados que fueran especialmente vulnerables.

En ejecución de este plan de trabajo, el 22 de mayo de 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (en adelante, Directiva 2012/13/UE), que tiene por objeto, según refiere su art. 1, el establecimiento de normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas, así como, el establecimiento del derecho a la información sobre sus derechos de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea.

A pesar de que la normativa española ya recogía, en buena medida, muchos de los extremos cuya regulación proponía el Legislador europeo, la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (en adelante, LO 5/2015), modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando nueva redacción a los arts. 118, 302, 505.3, 520.2, 3 y 5, y 775.

Unos meses después, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (en adelante, LO 13/2015), reformó de nuevo los arts. 118, 520; introdujo un nuevo art. 520 ter y modificó el art. 527 (entre otros).

En los artículos modificados, en lo que afecta al objeto de la presente Circular, se han incluido previsiones encaminadas a reforzar el derecho de defensa de las personas investigadas en un proceso penal, mediante disposiciones que aseguren que les sea facilitada la información adecuada y precisa en cada uno de los diferentes momentos del proceso.

Así, el art. 118, relativo al derecho de defensa, recoge expresamente el derecho a ser informado de los hechos imputados y sus modificaciones y el derecho a examinar las actuaciones; el art. 302, regulador del secreto del sumario, incorpora los supuestos que fundamentan su adopción, con evidentes repercusiones en el derecho de información del investigado, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 505.3 LECrim; el art. 505.3, dentro de la regulación de la audiencia para resolver sobre la eventual petición de prisión provisional, incluye el derecho del investigado al acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad; el art. 520, relativo a los derechos del detenido, incluye el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención; el nuevo art. 520 ter, incorpora una disposición específica para los detenidos en espacios marinos; y finalmente, el art. 775, desarrolla la información que debe facilitarse al investigado en el ámbito del procedimiento abreviado.

La aplicación de estos preceptos ha puesto de relieve una cierta disparidad de criterios sobre la interpretación del derecho de información de los detenidos y los investigados. Resulta por ello conveniente establecer pautas de actuación, examinando el alcance y contenido del derecho de información y sus garantías dentro del proceso y el momento procesal en el que debe facilitarse y puede ejercitarse, teniendo en cuenta sus peculiaridades en atención a la situación en la que se encuentre la persona investigada. En ocasiones, será preciso conjugar el derecho a la información del investigado y la necesaria reserva de algunos aspectos de las investigaciones que en determinados momentos del desarrollo del procedimiento penal ha de mantenerse para asegurar la culminación de sus fines, de forma que se alcance el adecuado equilibrio entre ambos intereses. Todo ello, a la luz de los textos internacionales citados, su interpretación por el TEDH y el TJUE, y la doctrina constitucional.

Por sus especialidades se hace referencia en apartados independientes a las detenciones practicadas en espacios marinos y el derecho de información en los procedimientos en que se haya acordado el secreto del sumario; el de los investigados sujetos a incomunicación; el acceso a las actuaciones en los procesos de aceptación por decreto; el investigado sometido a una OEDE; finalizando con una referencia al derecho de información en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la jurisdicción de menores.

## 2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, LA LIBERTAD PERSONAL Y EL DERECHO DE DEFENSA

El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) proclama que «toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella» (art. 5.2) y que «toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal» (art. 5.4). Además, reconoce el derecho del acusado a «ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él y a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa» (art. 6.3).

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama en su art. 9 que «1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. (...) 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (...)». Y en el art. 14.3 declara: «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...)».

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) reconoce el derecho a la libertad y seguridad de toda persona en su art. 6; el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 47 y el respeto del derecho de defensa de todo acusado en su art. 48.2.

En nuestro ordenamiento interno, el art. 17 de la Constitución Española proclama el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley (art. 17.1) y que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención (art. 17.3). Y el art. 24 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a ser informada de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...).

De la lectura de estos preceptos ya se advierte que el derecho a la información en el proceso penal se desglosa en dos aspectos diferenciados: en relación con las personas detenidas, vinculado con el derecho fundamental a la libertad; y en relación con los investigados/acusados, enlazando con el derecho de defensa. De ahí su distinto alcance, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

### 3. LA DIRECTIVA 2012/13/UE

Como se ha indicado, el objeto de la Directiva 2012/13/UE es el establecimiento de normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas, así como, el establecimiento del derecho a la información sobre sus derechos de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea.

Este derecho a la información en los procesos penales se desarrolla en la Directiva 2012/13/UE diferenciando en el mismo tres aspectos:

- a) el derecho a recibir información sobre los derechos procesales: en general por las personas sospechosas o acusadas (art. 3); en particular, por los detenidos o privados de libertad (art. 4) y en el marco del procedimiento de la orden de detención europea (art. 5);
- b) el derecho a recibir información sobre la acusación (arts. 6.1, 6.3 y 6.4) y sobre los motivos de la detención (art. 6.2);
- c) y el derecho de acceso a los materiales del expediente, donde de nuevo se distingue entre aquellos relativos a los motivos de la detención o privación de libertad (art. 7.1) y los concernientes a la propia acusación (art. 7, apartados 2, 3 y 4).

En diversos apartados de esta Circular, se expondrá en detalle el contenido de la Directiva 2012/13/UE, contemplando el texto finalmente aprobado y tomando en consideración su tramitación legislativa cuando resulte necesario. Sin perjuicio de ello, conviene destacar desde ahora que la regulación de la misma pretende «promover el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo y los derechos de defensa», por lo que «debe ser aplicada en consecuencia» y las disposiciones, «que correspondan a los derechos garantizados por el CEDH, deben interpretarse y aplicarse de forma coherente con dichos derechos, con arreglo a su interpretación por la jurisprudencia del TEDH» (considerandos n.º 41 y 42).

### 4. LA REGULACIÓN DE LA LECRIM

Las tres vertientes del derecho de información en el proceso penal examinadas en la Directiva 2012/13/UE tienen también su reflejo en la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción derivada de las LO 5/2015 y 13/2015.

Por un lado, se recoge el derecho a ser instruido de los derechos procesales, tanto de toda persona a quien se atribuya un hecho punible (art. 118) como de toda persona detenida o presa (art. 520).

Junto a ello, se reconoce el derecho del investigado a ser informado de los «hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados», información que debe facilitarse «con el grado de detalle suficiente— para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa» (art. 118.1.a) y 775); y «tomar conocimiento de las actuaciones» (salvo declaración de secreto, art. 302). Y el derecho de los detenidos o presos de ser informados de «los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad» (art. 520.2).

Por último, y de forma instrumental y complementaria al derecho anterior, se contempla el derecho a examinar las actuaciones de los investigados «con la debida

antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración» (art. 118.1.b) y el derecho de los detenidos o presos de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad (art. 520.2.d).

Con el fin de aclarar las discrepancias advertidas en la interpretación de estos preceptos, especialmente en relación al examen de las actuaciones y el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o la privación de libertad, resulta conveniente analizar el derecho de información del investigado en las distintas fases procesales y, desde la óptica de su fundamento en cada una de ellas (la salvaguarda del derecho a la libertad y el de defensa) determinar el contenido del derecho que en cada momento procesal es posible y exigible, teniendo como referencia la interpretación de estos derechos según la doctrina del TEDH y el TC. Se analizan por tanto a continuación las singularidades que se presentan en estos supuestos, así como las exigencias formales que, en cada uno de los casos, deberá revestir la información que se facilita.

## 5. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL DETENIDO

### 5.1 Regulación legal

Partiendo del marco normativo citado (art. 5.2 CEDH; art. 17.3 CE), el art. 520 LECrim, antes de las reformas del año 2015, ya enunciaba el derecho de los detenidos y presos a ser informados «de modo que le sea comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten», incluyendo una relación de derechos. Desde la reforma operada por la LO 5/2015, esta información debe ser facilitada «por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata» (art. 520.2) y debe permitirse al detenido conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo que dure la detención (art. 520.2 *in fine*).

Asimismo, y en relación a la materia tratada en la presente Circular, se incluye en la relación de derechos el de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad (art. 520.2.d). El detenido debe ser informado del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de la detención (art. 520.2. antepenúltimo párrafo). Para el adecuado control del cumplimiento de estos plazos máximos, la LO 13/2015 introdujo un inciso final en el art. 520.1 LECrim según el cual «en el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o, en su caso, de la puesta en libertad».

Como se ha indicado *supra*, la Directiva 2012/13/UE se refiere de forma específica al derecho de información de las personas detenidas o privadas de libertad. Su art. 4 enuncia sus derechos procesales, que deben recogerse en una declaración de derechos escrita; el art. 6.2 precisa el contenido del derecho a recibir información, que en estos casos debe referirse a los motivos de la detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa; y el art. 7.1 delimita el derecho de acceso a los materiales del expediente (uno de los derechos enunciados en el art. 4 citado) indicando que «los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos

relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad». Para la correcta interpretación de estos preceptos resultan de interés los considerandos número veintiuno a veinticuatro, y el considerando treinta, al que más adelante se hará alusión.

## 5.2 Información sobre los hechos y las razones motivadoras de su privación de libertad

La primera información que debe ser facilitada al detenido, por escrito, será la relativa a los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad. Este derecho no es una novedad en nuestra legislación, pues ya se reconocía expresamente en el art. 520 desde la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, el derecho de todo detenido o preso a ser informado de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten, expresión posteriormente sustituida por «los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad» (LO 14/1983, de 12 de diciembre).

La información sobre los hechos incluye su calificación jurídica provisional. Como indica el Tribunal Supremo, la información de los hechos que motivan la detención será un requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho de defensa y la información acerca de las razones que han motivado la privación de libertad, implica precisar el precepto que en el caso concreto justifica la detención (STS n.º 61/2011, de 17 de febrero). En el mismo sentido, la Directiva 2012/13/UE dispone que los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa.

La información sobre las razones motivadoras de la privación de libertad debe ponerse en relación con los presupuestos de la detención (art. 492 LECrim, para las detenciones practicadas por la autoridad o agente de la Policía Judicial).

La reciente STC n.º 21/2018, de 5 de marzo recuerda las exigencias de la actual regulación: la información sobre los hechos y las razones que han motivado la detención ha de formalizarse en un documento que ha de entregarse al detenido, admitiéndose que sea el mismo en el que se recoja la información sobre los derechos del detenido, debiendo dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información; debe facilitarse de forma inmediata, y en todo caso, antes del primer interrogatorio por parte de la policía; y debe ser suficiente, lo que sólo se cumple si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. «La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención. En este sentido, y a ello se hace referencia acertadamente en la demanda de amparo, la



Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015, vigente ya la LO 5/2015, de 27 de abril, fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la que se refiere al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los «indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo», indicios sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva» (FJ 6).

### 5.3 El acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la Detención

Sin embargo, el derecho del detenido no se agota con esa información sobre los hechos que se le atribuyen y las razones de su detención, sino que el art. 520 ha incluido el acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

Este precepto tiene su origen en el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE que indica que «cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad».

La materialización del derecho de acceso del detenido en fase policial a las actuaciones, que constituye novedad en nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma de la LECrim de 2015, puede generar algunas dudas interpretativas.

Mientras que el derecho de acceso a las actuaciones que reconoce el art. 118 LECrim encuentra su fundamento en la necesidad de defenderse de los hechos imputados, preparando la declaración de la persona investigada y articulando la estrategia de actuación en el procedimiento en la forma que mejor convenga a sus intereses, el derecho de acceso que proclama el art. 520 tiene otra finalidad completamente distinta: se trata, únicamente, de permitir la defensa frente a la detención, agotando su razón de ser en esa finalidad.

Precisamente por eso, mientras que el derecho que deriva del art. 118 debe extenderse a la totalidad del procedimiento, el acceso del detenido a las actuaciones habrá de quedar limitado a los precisos y concretos extremos necesarios para rebatir la detención de la que ha sido objeto.

Conviene en este punto recordar que el procedimiento de *habeas corpus* persigue precisamente obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, y que a los efectos de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (en adelante, LOPHC), se consideran personas ilegalmente detenidas: «a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes. b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida» (art. 1 LOPHC).

El último inciso cobra gran importancia desde la perspectiva de las últimas reformas, tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional: «Este último enunciado, por tanto, exige su integración con aquellos derechos del detenido previstos en nuestro ordenamiento. En esta última categoría se inscribe, desde luego y por mandato constitucional, la garantía de «la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales». Pero ésta ha de cumplirse, como advierte el art. 17.3 CE, «en los términos que la ley establezca», por lo que resulta necesaria la remisión a lo dispuesto en este caso (detención policial por la presunta comisión de delitos) por los arts. 509, 510, y 520 a 527 LECrim» (STC n.º 13/2017, de 30 de enero).

En el mismo sentido, la STC n.º 21/2018, de 5 de marzo, que examinaba un recurso de amparo interpuesto contra la resolución denegatoria de la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, en la que el recurrente invocaba la vulneración de diversos derechos fundamentales (17.4, 17.3, 24.2, 24.1 CE) recuerda que «la primera y básica forma de detención ilegítima es aquella que se produce fuera de los casos o modos previstos en la ley, lo que, a su vez, constituye una de las causas que justifican la protección judicial que otorga el procedimiento de *habeas corpus* (art 1. a) y d) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo)».

Por ello, deben facilitarse al detenido los elementos de las actuaciones esenciales para verificar la legalidad de la detención o, en su caso, impugnarla.

### 5.3.1 IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES

Para la concreción de esta formulación general (elementos esenciales) en la práctica, pueden resultar ilustrativos los considerandos de la Directiva 2012/13/UE relativos a estos «documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad (art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE). En concreto, según el considerando número treinta: «Los documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva la legalidad de la detención o privación de libertad de una persona sospechosa o acusada, con arreglo a la legislación nacional, deben ponerse a disposición de esta o de su abogado a más tardar antes del momento en que una autoridad judicial competente deba decidir sobre la legalidad de la detención o privación de libertad de conformidad con el art. 5, apartado 4, del CEDH, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad».

La concreción de los elementos esenciales de las actuaciones debe efectuarse en cada caso, en atención a las circunstancias, sin que sea posible ofrecer a priori una relación exhaustiva de aquellos. A efectos prácticos pueden resultar de interés la enumeración de los elementos de las actuaciones que se consideran «esenciales para impugnar la legalidad de la detención» plasmada en los Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial, aprobados por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el día 3 de abril de 2017, que incluye el lugar, fecha y hora de la detención; lugar, fecha y hora de la comisión del delito; Identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos; indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo, referenciados genéricamente.

La STC n.º 21/2018, de 5 de marzo, examina precisamente la información facilitada a un detenido en sede policial. En el caso planteado, el recurrente había sido detenido, junto a otros jóvenes, informándole únicamente de que «había sido detenido

por un presunto delito de lesiones, al ser interceptados en el lugar de los hechos por efectivos actuantes», detallando el lugar y hora del presunto ilícito penal y el de la detención. A pesar de que solicitó acceso a la parte del atestado redactada, la petición fue rechazada en sede policial. Recurrida en amparo la denegación de incoación del *habeas corpus* presentado, el TC concluye que la información facilitada al demandante no proporcionaba una base real suficiente de la que pudieran inferirse racionalmente su participación en el delito investigado y no le permitían, por insuficientes, cuestionar fundadamente su privación de libertad, pues se omitieron datos objetivos que relacionaban a los jóvenes detenidos con la agresión y que constituían las razones objetivas de la detención. Por ello, el TC estimó la pretensión de amparo, «no porque en el caso concreto no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley».

El TC declara que «la determinación de cuales sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas» (FJ7).

Se trata, en definitiva, al examinar una detención, de identificar los indicios o sospechas de la participación del detenido en unos hechos presuntamente delictivos y las circunstancias que han determinado la necesidad de aquella. No se trata de dar acceso a todos los elementos de la causa, sino solo los esenciales o la parte de los mismos que resulte fundamental para permitir impugnar la privación de libertad.

La citada STC n.º 21/2018, de 5 de marzo destaca además algunas notas sobre el derecho de acceso del detenido: a) debe ejercerse después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes del primer interrogatorio policial; b) es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder y c) en cuanto a la forma, «una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad». En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado.

### 5.3.2 EL ACCESO AL ATESTADO POLICIAL

Delimitado el derecho de acceso en los casos de detención por la finalidad que persigue, cabe preguntarse si el detenido tendría derecho en sede policial a acceder al atestado en su integridad. La respuesta debe ser negativa. Como se viene señalando, el derecho que reconoce el art. 520.2.d) LECrim aparece condicionado por la finalidad que persigue, que no es otra que articular la defensa frente a una detención. En conse-

cuencia, únicamente aquellos extremos del atestado que tengan que ver con la detención, los hechos y los motivos que la justifican, sólo aquellos cuyo conocimiento pueda contribuir al ejercicio del derecho de defensa frente a esa detención, integrarán el contenido del derecho de información del detenido. Esta conclusión resulta del examen de la tramitación legislativa de las reformas operadas en la LECrim, del examen de la Directiva 2012/13/UE y de las recientes resoluciones del Tribunal Constitucional en esta materia.

En primer lugar, deriva del análisis de la *voluntas legislatoris* que se desprende de los antecedentes legislativos de las reformas operadas en el art. 520.2.d) LECrim. El inciso que se analiza –«el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad»– fue introducido en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Estatuto de las Víctimas del delito en la versión remitida al Consejo de Estado para su informe [texto que trasponía diversas Directivas, y que antes de su remisión al Congreso se desglosó en el Proyecto del Estatuto de la Víctima y el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer las Directivas relativas al derecho a interpretación y traducción y al derecho a la información en los procesos penales, siendo este último el que dio lugar a la LO 5/2015)], sin que fuese objeto de objeciones en la tramitación parlamentaria. Sin embargo, el Anteproyecto (texto inicial, de 5 de diciembre de 2014) de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (texto que al ser remitido para su tramitación parlamentaria se desgajó en dos proyectos diferenciados, origen de las posteriormente aprobadas LO 13/2015 y la Ley 41/2015), sí incluía entre los derechos del detenido, una referencia expresa al acceso al atestado policial en los arts. 520.6, 520.6.e), 527.1.e) y d) LECrim y estas referencias al acceso al atestado se suprimieron en el texto de la Ley finalmente aprobado.

En segundo lugar, también parece esta la voluntad del Legislador europeo. Basta fijarse en el Anexo II de la Directiva 2012/13/UE, que está escrito en un lenguaje llano accesible a todo ciudadano –pues es un prototipo de formulario– y claramente establece: «En el momento de la detención o privación de libertad usted (o su abogado) tiene derecho a acceder a los documentos esenciales que necesita para impugnar la detención o privación de libertad. Si el caso llega a un tribunal, usted (o su abogado) tendrá derecho a acceder a las pruebas materiales favorables o desfavorables».

Por otro lado, la Ley señala al Juez como destinatario del atestado policial y, por lo tanto, responsable de las decisiones que, a la vista del mismo y de sus concretas circunstancias, deba adoptar. Así, por ejemplo, si el Juez, a la vista de las circunstancias concurrentes, considera oportuno declarar secreto el sumario, vería gravemente perjudicada esta decisión si el atestado hubiera sido ya entregado por la Policía al detenido, sustrayendo al Juez una decisión claramente jurisdiccional.

En este punto resulta de interés recordar de nuevo la citada STC n.º 21/2018. El recurrente solicitó acceder a la parte del atestado que ya había sido redactada hasta ese momento, petición que fue rechazada, por lo que presentó una solicitud de *habeas corpus* cuya incoación fue denegada por el Juez de Guardia. Sobre el acceso al atestado, el TC declara: «... resulta preciso aclarar que la propia dicción del precepto legal alegado, así como su fundamento, permiten concluir que el derecho invocado no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la

detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad». «(...) El atestado puede recoger más información sobre la investigación del hecho delictivo de aquella que cabe considerar esencial para justificar la detención preventiva, pues puede haber en el mismo referencias a terceras personas no detenidas, a hechos distintos que nada tienen que ver con las razones concretas de la detención, pero que son conexos con los que han dado lugar a la investigación, o a líneas de investigación iniciadas y no agotadas cuya revelación puede poner innecesariamente en entredicho el resultado de la investigación (FJ 8).

Por tanto, el detenido y su abogado no tienen derecho en sede policial a acceder al atestado en su integridad, lo cual es lógico, teniendo en cuenta que habitualmente el mismo no se finaliza hasta la puesta a disposición judicial.

Sin perjuicio de ello, se deberá facilitar el acceso a los documentos que puedan justificar la legalidad de la detención (los referidos a la condición de quienes la hayan practicado, a la fecha, hora y lugar de la detención, a la flagrancia de los hechos, etc.), así como a todos aquellos documentos de las actuaciones en los que se reflejen aspectos que se refieran o afecten a los derechos que reconoce al detenido el art. 520 LECrim (lectura de derechos, aviso a letrado, aviso a familiar, reconocimiento médico forense, asistencia de intérprete, etc.). En cambio, aquellos extremos de las actuaciones o, en particular, del atestado, que puedan referirse a otros aspectos de la investigación que no guarden relación directa con la detención, no integrarán el derecho de información del detenido, lo que justifica que le pueda ser denegada la entrega del atestado policial en su integridad.

### 5.3.3 CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES

En todo caso, no debe perderse de vista la necesidad de ponderar otros intereses que también deben ser protegidos en la tramitación del proceso penal, como la especial protección de las víctimas y testigos en los casos en que resulte necesaria o los supuestos en que deba posteriormente declararse el secreto de las actuaciones. El Considerando n.º 33 de la Directiva 2012/13 indica que «el derecho de acceso a los materiales del expediente se entiende sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones nacionales relativas a la protección de los datos personales y el paradero de testigos protegidos».

La LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante, LO 19/1994), prevé la posibilidad de aplicación de medidas de protección a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales, cuando «la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos». En estos casos, el Juez Instructor «acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado», pudiendo adoptar, entre otras, la decisión de «que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave».

El art. 282 LECrim dispone que la Policía Judicial llevará a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué

medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal.

Por otro lado, el art. 302 LECrim contempla los supuestos en que el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, puede declarar las actuaciones, total o parcialmente secretas para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes, cuando resulte necesario para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso, «sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 505».

Por ello, y con el fin de no dejar sin sentido las previsiones de la LO 19/1994 y el art. 302 LECrim, al facilitar el acceso a los elementos esenciales de las actuaciones, deberán adoptarse las medidas necesarias para salvaguardar la identidad de víctimas y testigos y los fines perseguidos con una ulterior declaración judicial de secreto.

#### 5.4 El detenido en espacios marinos

El art. 520 ter LECrim, introducido por la LO 13/2015, dispone: «a los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo».

La inclusión de este precepto fue precisamente propuesta en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto origen de la reforma operada por la LO 13/2015, que puso de relieve la necesidad de regular las especialidades que plantean las detenciones practicadas por buques (o aeronaves) de guerra, u otros buques de Estado especialmente autorizados, en espacios marítimos alejados de territorio español, con ocasión de la prevención o represión de delitos de persecución universal contra la seguridad marítima, tales como piratería, tráfico de estupefacientes, trata de seres humanos o terrorismo, de conformidad con el Derecho Internacional del Mar. La versión (tercera y última) del Anteproyecto que se envió para informe del Consejo de Estado acogió casi literalmente el texto propuesto desde la Fiscalía, sustituyendo únicamente la expresión inicial utilizada en la propuesta «a los detenidos en espacios marítimos alejados de territorio español» por el inciso finalmente aprobado que se refiere a «los detenidos en espacios marinos».

Efectivamente, en los supuestos de abordaje de buques en aguas internacionales es posible que no se pueda garantizar la presentación física de los detenidos ante la autoridad judicial dentro del plazo general de detención. Ahora bien, eso no significa que en estos casos no exista control judicial alguno. Y así, en el supuesto contemplado en la STS n.º 55/2007, de 23 de enero, se consideró que el Instructor «no sólo ordenó la detención en alta mar y posterior prisión provisional, a petición del Fiscal, y así le fue notificado al recurrente, sino que estuvo permanentemente informado del transcurso del viaje, según consta en las actuaciones, disponiendo el traslado llevado a cabo, y, por tanto, puede afirmarse que, aún en la distancia, los detenidos sí que permanecieron

a disposición del Juez en todo momento, hasta su llegada a puerto, cuando ya, presente el Juez, se llevó a cabo la comparecencia prevista para la ratificación de la situación personal decretada, con intervención de los interesados asistidos de sus Letrados».

La solución que hasta la entrada en vigor del art. 520 ter LECrim se venía arbi-trando a estos supuestos consistía en que el Juez acordase la prisión provisional sin la previa celebración de la audiencia prevista en el art. 505 LECrim, posponiendo ésta al momento de la arribada a puerto del buque con los detenidos, conforme a las previsio-nes del art. 505.5, que señala que «si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el juez o tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes 72 horas, el juez o tribunal convocará una nueva audiencia, adop-tando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audien-cia». Se informaba a los detenidos de su detención y de sus derechos a través de la documentación que, en su caso traducida, se enviaba por el Juzgado al buque en el que se encontraban, y se les facilitaba la asistencia que fuera necesaria y posible bajo la supervisión de la autoridad judicial. En cuanto al resto de los derechos de los dete-nidos cuyo ofrecimiento resultara imposible en las condiciones de la detención, se posponía su ejercicio al momento de la llegada a puerto del buque.

Con la entrada en vigor de la nueva regulación, se impone la libertad del detenido o la puesta a disposición de la autoridad judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. Esta puesta a disposición podrá ser realizada a través de medios telemá-ticos, pero no puede ser demorada hasta la llegada del buque o aeronave al puerto o aeropuerto español más próximo, lo que supone una notable diferencia con la situa-ción anterior.

De esta manera, a los detenidos en las circunstancias que prevé el precepto les serán reconocidos todos los derechos propios del detenido que regula la LECrim, en la medida que los mismos resulten compatibles con los medios personales y materia-les existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención. Lo normal será incluir aquí, salvo que se justifique la imposibilidad de su efectividad, la infor-mación de derechos a los detenidos (oportunamente traducida, en su caso), donde se incluya una referencia a los hechos que se les atribuyan y a las razones de la dete-nición, el derecho a declarar o a guardar silencio, el derecho a poner en conocimiento del familiar o persona que designen el hecho de la detención y el lugar de custodia, la notificación de la detención al consulado, en su caso, el derecho de asistencia médica a bordo del buque donde se encuentren los detenidos y el derecho de designar un abogado o que se le designe de oficio.

En este ámbito merece una mención especial el derecho de acceso a los elemen-tos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención. Del mismo modo que no hay obstáculo para informar de los hechos y de las razones de la detención, cuando los buques o aeronaves tengan medios telemáticos que permitan el envío de documentos o incluso su exhibición en una videoconferencia, deberá procurarse su empleo. Esta solución es más respetuosa con los derechos del detenido que la alternativa de esperar a que él o su abogado se personen en el Juzgado. De no ser viable técnicamente esta opción, nada impide que se facilite el acceso al Letrado que haya sido designado para el ejercicio del derecho de defensa de los detenidos, que sí podrá comparecer personalmente ante el Juzgado que conozca de las actuaciones desde los primeros momentos.

En atención a lo anterior, en los casos de detenciones en espacios marinos en las condiciones previstas en el art. 520 ter LECrim, los Sres. Fiscales velarán por que se instruya en sus derechos a los detenidos y se les informe de los hechos que se les atri-buyan y de las razones de su detención desde los primeros momentos, procurando

siempre que la información les sea facilitada oportunamente traducida, en su caso. Del mismo modo, atendiendo siempre a las concretas circunstancias concurrentes y a los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, los Sres. Fiscales habrán de velar por que en todo caso el detenido haya sido puesto en libertad o a disposición judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. Igualmente velarán por que se facilite el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención a la mayor brevedad, por los mismos medios telemáticos, evitando, si ello es posible, dilatar su entrega al momento en que el detenido o su letrado comparezcan personalmente en el Juzgado.

## 6. DERECHO DE INFORMACIÓN DEL INVESTIGADO

El derecho de información de toda persona investigada en un procedimiento penal aparece recogido en el art. 118 LECrim con carácter general: «Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa (...), a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos: a) derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados (...) y b) el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración; (...)».

Los derechos en los que habrá de ser instruido el investigado serán los que recoge el propio art. 118.1 LECrim en sus ocho apartados, que deberán ser siempre puestos en su conocimiento, independientemente de que posteriormente el investigado haga o no uso de los mismos.

La aplicación de este artículo apunta la conveniencia de recordar algunas consideraciones sobre el nacimiento del status procesal de investigado y destacar ciertos aspectos del derecho a examinar las actuaciones y el derecho a ser informado de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, como novedades más relevantes.

### 6.1 Nacimiento del status procesal de investigado

El derecho de acceso a las actuaciones debe predicarse respecto de procedimientos judiciales. En consecuencia, cualquier persona a quien se atribuya un hecho punible que motive la formación de unas actuaciones encaminadas a su investigación, tendrá derecho a conocer y examinar esas actuaciones.

El problema más importante que surge es la interpretación de lo que deba entenderse por persona a quien se atribuya un hecho punible o, quizá de manera más precisa, la determinación del momento en el que surge tal derecho.

Debe partirse de que el precepto se proyecta sobre supuestos en los que ya se ha iniciado un procedimiento.

El derecho de información y acceso a las actuaciones se configura como uno de los presupuestos necesarios para la articulación y desarrollo del derecho de defensa. Por lo tanto, será necesario instruir de sus derechos a la persona a la que se atribuya un hecho delictivo, lo que determina precisamente el nacimiento de su estatus procesal de investigado. En este sentido, señala la STC n.º 186/1990, de 15 de noviembre, que el Juez de Instrucción tendrá siempre obligación de determinar quién sea el presunto autor del delito, con la finalidad de citarle, comunicarle la imputación, ilustrarle



de sus derechos y recibirle declaración, no solo para indagar acerca de su participación, sino también para permitirle defenderse.

En la determinación del momento en que deba hacerse efectivo este derecho a la información debe tenerse en cuenta que la demora podría repercutir negativamente en el ejercicio de su derecho de defensa; pero, al mismo tiempo, también debe tomarse en consideración que la precipitación podría perjudicar investigaciones en curso y, lo que es peor, podría dar lugar a imputaciones injustificadas, con el consiguiente posible menoscabo en los derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, en la búsqueda de un criterio que consiga el equilibrio entre ambos intereses controvertidos, no debe nunca perderse de vista que el fin que justifica el derecho de información no es otro que el ejercicio del derecho de defensa del investigado. En consecuencia, lo que motiva el nacimiento del derecho de información y con él, como se dijo, el nacimiento del estatus procesal de investigado, deberá ser la existencia de una situación en la que el derecho de defensa pudiera requerir un posicionamiento o actuación concreta por parte de una persona investigada, como puede ser la práctica de una declaración ante el Juez.

Los criterios que la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación fijó para determinar cuándo debía procederse a la toma de declaración del investigado y cuando, por el contrario, es razonable posponer ésta son plenamente aplicables, como criterios orientativos, a la hora de analizar la conveniencia de la toma de declaración judicial.

Como ha declarado el TC «la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación» (SSTC n.º 273/1993, de 20 de septiembre; 24/2018, de 5 de marzo).

Por lo tanto, el derecho a ser instruido de los derechos que le asisten debe ser reconocido a todo investigado en un procedimiento judicial, siempre desde el momento mismo en que la investigación ponga de relieve indicios suficientes acerca de la autoría de los hechos delictivos investigados, sin que sea admisible posponer este momento por necesidades de la investigación. De hecho, el primer párrafo del art. 118.1 LECrim exige que la información se produzca «sin demora injustificada». Todo ello habrá de entenderse sin perjuicio de la posibilidad, en su caso, de interesar la declaración de secreto de las actuaciones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, los Sres. Fiscales promoverán y velarán por el cumplimiento de la obligación de instruir en sus derechos al investigado, en los términos que establece el art. 118 LECrim, desde el primer momento de la imputación penal y siempre con anterioridad a la prestación de cualquier declaración.

Igualmente, los Sres. Fiscales procurarán evitar que se lleven a cabo imputaciones precipitadas, debiendo valorar como criterios para la determinación del momento de llevarla a cabo, el grado indiciario de certeza acerca de la autoría del hecho punible y el contenido del derecho de defensa en el caso concreto, ante la existencia de actos de investigación que pudieran demandar actuaciones defensivas.

A la hora de fijar los criterios para determinar el momento en el que debe hacerse efectivo el derecho de acceso a las actuaciones, deberá tomarse siempre en consideración la salvaguarda del derecho de defensa. Por lo tanto, este acceso deberá facilitarse y hacerse efectivo con la necesaria antelación que demanden las circunstancias de cada caso concreto. En particular y por lo que a una toma de declaración se refiere, deberá concederse al investigado el tiempo necesario para garantizar el adecuado

ejercicio del derecho de defensa en su declaración, en función de la extensión y complejidad del procedimiento.

Cuando conforme a la doctrina del TC (SSTC n.º 24/2018, de 5 de marzo; 132/2011, de 18 de julio; 198/2003, de 10 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo; 149/1986, de 26 de noviembre y 87/1984, de 27 de julio), se haya denegado la personación del investigado por encontrarse en situación de rebeldía, no procederá, lógicamente, dar acceso a las actuaciones.

## 6.2 Derecho de acceso a las actuaciones

El art. 118.1 LECrim reconoce al investigado el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración. Se recoge así en la LECrim el llamado derecho de acceso a los materiales del expediente que el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE proclama como el derecho de acceder al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes.

La Directiva dispone en su art. 7: «2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial».

Cuando el art. 118.1 LECrim se refiere a las actuaciones, deberá entenderse comprendido todo el procedimiento penal, con acceso a todas las piezas que lo pudieran integrar, salvo que estén declaradas secretas. El considerando 31 de la Directiva 2012/13/UE señala que, a efectos de la presente Directiva, el acceso a las pruebas materiales (...) debe incluir el acceso a materiales como, por ejemplo, documentos y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o de vídeo, debe entenderse matizado en este sentido, toda vez que hace mención a que la Información se proporcionará en estos casos «con arreglo a la legislación nacional». Este será el caso de aquellos procedimientos en los que existan piezas separadas, tramitadas para la práctica de diligencias de investigación tecnológica, tales como intervenciones telefónicas o telemáticas, grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos o utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y de localización, por ejemplo. En virtud del artículo 588 bis d LECrim estas piezas son secretas,

de modo que pasarán a formar parte del contenido que debe trasladarse al investigado una vez que se haya levantado el secreto, lo que ocurrirá, de no haberse hecho antes, cesada la medida [art. 588 bis e) y j)].

Es necesario precisar que el derecho a la información y, en particular, el derecho de acceso a las actuaciones, se agota, aunque parezca superflua su mención, en el procedimiento mismo. En particular, no comprende el derecho a acceder a la información contenida en las bases de datos policiales, incluso en el supuesto de que la investigación policial se haya podido nutrir de ella. Es el caso que analiza la STS n.º 795/2014, de 20 de noviembre, que distingue una fase de investigación policial previa y ajena al proceso, del proceso judicial mismo, señalando que «la fase previa a la investigación que no se vierte sobre el proceso y que por ende, carece de virtualidad como fuente de prueba, no integra el «expediente» preciso para el efectivo ejercicio de defensa» (en el mismo sentido, SSTS n.º 975/2016, de 23 de diciembre y 492/2016, de 8 de junio). A esta conclusión también llega el TEDH, que identifica el expediente con los elementos de prueba y la documentación referida a los mismos (STEDH de 12 de marzo de 2003, caso Öcalan contra Turquía) y ello en atención a que la finalidad del acceso al expediente no es otra que la posibilidad de controlar las pruebas de cargo (STEDH de 19 de diciembre de 1989, caso Kamasinski contra Austria). Finalmente, la citada STS n.º 975/2016, señala expresamente que en cuanto a la directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (...) se proyecta sobre la totalidad de las pruebas materiales, pero no incluye las fuentes u origen de la investigación estrictamente policial.

### 6.3 Restricciones al acceso a las actuaciones

Es preciso recordar que el derecho de acceso a las actuaciones encuentra una importante limitación en los casos en los que se hubiera acordado el secreto del procedimiento, conforme a las previsiones del art. 302 LECrim y en los casos de piezas separadas de medidas de investigación tecnológica, como se ha expuesto *supra*. Las vicisitudes que pueden plantearse en estos casos, así como sus repercusiones en los supuestos de detención y prisión preventiva, serán examinadas posteriormente de manera más detallada. Igualmente se verá limitado este derecho en otros supuestos expresamente previstos en las Leyes, como sería la prohibición de acceso del investigado a la pieza reservada que se tramite en los casos de protección de testigos o peritos o en los de intervención de un agente encubierto, en los que el derecho de acceso quedaría condicionado por las previsiones contenidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales y en el art. 282 bis LECrim, respectivamente.

### 6.4 Derecho de acceso y copia de las actuaciones

El derecho de acceso a las actuaciones deberá ser gratuito, como así establece el art. 7.5 de la Directiva 2012/13/UE, suscitándose dudas acerca del coste que pudiera generar la obtención de copias. Si se atiende a la regulación de la LECrim y de la Directiva, puede comprobarse que únicamente se reconoce un derecho de acceso o examen de las actuaciones, pero no un derecho a obtener copia de las mismas. Es más, el considerando 34 de la Directiva señala expresamente que, el acceso a los materiales del expediente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva, debe ofrecerse de forma gratuita, sin perjuicio de las disposiciones de las legislaciones

nacionales que exijan el pago de tasas por la copia de documentos del expediente o por los costes de envío de los materiales a la persona interesada o a su abogado.

El derecho a obtener copias del contenido de las actuaciones aparece reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 234.2 LOPJ, si bien condicionando el mismo a la forma que prevean las leyes procesales y, en su caso, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. El art. 140.1 LEC señala, además, que las partes podrán pedir, a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos. A la vista de esta regulación, pueden distinguirse dos supuestos; cuando se trate de documentos electrónicos que formen parte de un expediente judicial electrónico, en los términos regulados en los arts. 26 y siguientes de la Ley 18/2011, la entrega de copias deberá efectuarse de manera gratuita. Por el contrario, cuando se trate de la entrega de copias de documentos que, en atención a su formato o por cualquier otra circunstancia, no se encuentren incorporados al expediente judicial electrónico, podrá exigirse el abono de los gastos que genere su obtención. Este será el caso, por ejemplo, de los soportes digitales en los que consten las medidas de investigación tecnológica a las que antes se hacía referencia, habiendo proclamado la STS n.º 165/2013, de 26 de marzo, en un supuesto en el que se denegó a una de las partes la entrega de copias de los soportes en los que se contenían las intervenciones telefónicas utilizadas como prueba en el juicio por no haber aportado el material necesario para su copia, que «ninguna quiebra al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa puede anudarse al hecho de que no se facilitasen gratis –pues eso es lo que se solicita– las copias de las cintas. La respuesta del Juzgado de carecer de medios es sensata y razonable».

#### **6.5 Derecho a ser informado de los cambios relevantes en el objeto de la investigación y de los hechos imputados**

El art. 118.1 LECrim reconoce también al investigado el derecho a ser informado de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. En el ámbito del procedimiento abreviado, el art. 775.2 LECrim señala que, cuando del resultado de las diligencias se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados, el Juez informará con prontitud de ello al investigado.

El principal problema que suscita la interpretación de estas previsiones legales es la determinación de la relevancia del cambio que tiene que producirse en el objeto de la investigación para que surja el derecho de información del investigado. Un exceso de sensibilidad en este punto conduciría, en muchas ocasiones, a la casi paralización del procedimiento, si tuviera que ponerse en conocimiento del investigado cada novedad que surgiera de la investigación; por el contrario, la excesiva relajación en el cumplimiento de esta obligación podría llegar a generar importantes déficits en el ejercicio del derecho de defensa, por falta de información suficiente acerca de las novedades que resultaran de la investigación. En la valoración de esta circunstancia debe también tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico reconoce al investigado la condición de parte en el procedimiento penal y, en tal condición, como se acaba de poner de relieve, le reconoce el derecho de acceder a la totalidad del procedimiento y, con ello, el conocimiento de todos los cambios y novedades que se puedan venir produciendo.

Partiendo de lo anterior, habrá de entenderse que lo que debe motivar un nuevo acto de información al investigado será la existencia de un cambio sustancial en los

hechos o en las circunstancias de los que ya recibió información en el momento inicial en el que fue instruido de sus derechos. En consecuencia, será cualquier modificación sustancial de esos hechos, de su relevancia penal o de su calificación jurídica provisional, lo que deberá motivar el nuevo acto de información al investigado.

Ahora bien, como se advertía, no todo cambio puede ser considerado suficiente a tales efectos. Ha de tratarse de modificaciones relevantes como un nuevo hecho punible, o un cambio en el título de imputación, por ejemplo.

En este punto, el Considerando 29 de la Directiva 2012/13/UE apunta alguna pauta interpretativa, cuando indica que: «si, durante el proceso penal, los detalles de la acusación cambian hasta el punto de afectar sustancialmente a la posición de la persona sospechosa o acusada, esta debe ser informada de ello cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa». En definitiva, lo relevante es que el cambio sea de entidad suficiente para determinar, por ejemplo, la necesidad de tomar una nueva declaración sobre los hechos imputados, de forma que de no hacerse no se pudiera formular una ulterior acusación por esos hechos, por el riesgo de causar una indefensión material al investigado.

Por tanto, deben excluirse en este punto, los cambios que se mantengan dentro de una homogeneidad delictiva, en los que la falta de información no llegaría a limitar el derecho de defensa, ya que como señala la STC n.º 35/2004, de 8 de marzo son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen «modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse».

En cuanto a la forma en la que deberá ser facilitada esta información al investigado, mientras que el art. 118 LECrim guarda silencio, el art. 775 apartado segundo LECrim, en el ámbito del procedimiento abreviado, indica que podrá serlo mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del investigado.

El precepto no impone esta forma de facilitar la información, sino que simplemente la indica como una posibilidad, con lo que no serían contrarias a la norma otras formas de información. En particular, es admisible la información de los cambios en el objeto de la investigación oralmente por el Juez con carácter previo a una nueva toma de declaración del investigado, dejando siempre la debida constancia de haberse proporcionado esa información y su alcance, para acreditar la observancia del derecho ante un eventual recurso o alegación de vulneración de derechos posterior.

Efectivamente, si se produce una alteración sustancial en los hechos que son objeto de investigación y respecto de los cuales existen indicios de su comisión por parte del investigado, el adecuado respeto de su derecho de defensa exige que se le reciba nueva declaración sobre estos nuevos hechos y su imputación. En este supuesto, no solamente se facilitará la información necesaria que posibilite el derecho de defensa, sino que, además, se le brindará la oportunidad de ofrecer las explicaciones pertinentes y aportar los medios de prueba que estime sobre esos hechos, lo que constituye la esencia del derecho de defensa.

No existe ninguna previsión expresa para el sumario ordinario. En principio, esta información vendrá normalmente determinada por la notificación del auto de procesamiento derivado de la nueva imputación (art. 384 LECrim), aunque nada impide que la información se facilite en la forma prevista en el art. 775 apartado segundo LECrim.

La ubicación sistemática de la obligación de informar «sin demora injustificada», en el primer párrafo del art. 118 LECrim, permite interpretar que los cambios en el

objeto de la investigación o en los hechos punibles imputados habrán de ser también comunicados de forma inmediata.

En atención a lo anterior, los Sres. Fiscales velarán por que en toda investigación judicial, se facilite al investigado acceso a la totalidad del contenido del procedimiento. Dicho acceso deberá ser gratuito, sin perjuicio del coste que pudiera resultar de la realización de copias, cuando fueren necesarias. El acceso a las actuaciones deberá facilitarse siempre con la antelación suficiente, según las circunstancias de cada caso concreto, para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en especial, cuando se trate de la toma de declaraciones. Los Sres. Fiscales procurarán que cualquier modificación sustancial en el objeto de la investigación sea puesta sin dilación en conocimiento del investigado, instando una nueva toma de declaración del mismo sobre estos nuevos hechos.

## 7. DERECHO DE INFORMACIÓN EN LOS CASOS DE SECRETO DEL SUMARIO

Examinado con carácter general el derecho del investigado de acceso al procedimiento, debe plantearse qué sucede en los casos en que se haya acordado el secreto de las actuaciones, de acuerdo con lo previsto en la LECrim y las disposiciones de la Directiva 2012/13/UE.

### 7.1 Las excepciones al acceso a los materiales del expediente en la Directiva 2012/13/UE

Como se ha destacado más arriba, el art. 7 de la Directiva 2012/13/UE distingue entre el derecho de acceso a toda persona que sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal y el de las personas acusadas o sospechosas o su abogado.

Esta diferenciación entre el acceso de los detenidos y el reconocido a todos los acusados es muy relevante, pues determina los materiales del expediente sobre los que se reconoce en cada caso el acceso y la posibilidad o no de denegar el mismo, prevista para el segundo supuesto.

Según dispone la Directiva 2012/13/UE, «no obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial» (art. 7.4 Directiva 2012/13/UE).

Acerca de esta previsión profundizaba el Considerando 32 de la Directiva: «La denegación de dicho acceso [a las pruebas materiales, ya sean favorables o desfavorables a la persona sospechosa o acusada, que obren en poder de las autoridades competentes] debe sopesarse con los derechos de la defensa de la persona sospechosa o acusada, teniendo en cuenta las distintas fases del proceso penal. Las limitaciones a

dicho acceso deben interpretarse de forma estricta y conforme al principio del derecho a un juicio equitativo, con arreglo al CEDH y a la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Por tanto, de la lectura del articulado de la Directiva 2012/13/UE, sus considerandos y el examen de su tramitación legislativa, puede concluirse que la Directiva no contempla la posibilidad de limitar el acceso de los detenidos o privados de libertad en relación a los documentos que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o la privación de libertad.

## 7.2 Regulación en la LECrim.

El derecho de información y acceso a las actuaciones que con carácter general regula el art. 118 LECrim para todo investigado fundamenta el acceso a las actuaciones con carácter general. Sin embargo, en los casos en que se haya acordado el secreto de las actuaciones, el derecho del investigado a acceder al procedimiento quedará suspendido (total o parcialmente, según el secreto acordado) hasta que se levante la medida adoptada (necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario).

La LO 5/2015 modificó la regulación sobre el secreto del sumario, al insertar en el art. 302 LECrim los supuestos que permiten su adopción —«cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso»—. Pero además esta reforma añadió un último inciso: «Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505».

El art. 505 LECrim, que regula la audiencia que debe celebrarse para que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras puedan, en su caso, solicitar la prisión provisional o la libertad con fianza, dedica su apartado tercero al contenido de dicha comparecencia: «En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas en el apartado anterior. El Abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado».

La interpretación de este acceso restringido ha dado lugar a pronunciamientos muy dispares por parte de los Tribunales. En las resoluciones judiciales que han tratado estos artículos se ofrecen distintas posturas sobre el contenido de los «elementos esenciales», la existencia de especialidades en las causas secretas, el momento y la forma de acceso; por lo que resulta necesario efectuar algunas consideraciones sobre estos artículos.

### 7.2.1 MOMENTO DE ACCESO

Ordinariamente, el investigado habrá podido conocer la totalidad del procedimiento como consecuencia del derecho de acceso que le reconoce el art. 118 LECrim. La cláusula del párrafo segundo del art. 505.3 LECrim tiene sentido en los casos de secreto de las actuaciones, cuando el investigado respecto del que se solicita la prisión no ha tenido acceso al procedimiento.

La redacción del art. 505 LECrim plantea el momento en que debe hacerse efectivo el acceso a los elementos del procedimiento esenciales para impugnar la privación de libertad: antes de la comparecencia, en el curso de esta (después de que el Fiscal haya solicitado en su caso la medida privativa de libertad) o con posterioridad al auto que acuerda la prisión, para permitir el recurso correspondiente.

Algunos Tribunales han considerado que en los procedimientos en los que se haya acordado el secreto de las actuaciones, debe darse acceso a los documentos esenciales antes de la comparecencia del art. 505 LECrim (así, el AAP Barcelona sec. 5.<sup>a</sup>, n.º 610/2016, de 17 de agosto; AAP Barcelona sec. 5.<sup>a</sup>, n.º 607/2016, de 12 de agosto; AAP Barcelona sec. 9.<sup>a</sup>, n.º 473/2017, de 5 de julio; AAN sec. 3.<sup>a</sup>, n.º 264/2017, de 4 de julio; AAP Barcelona sec. 9.<sup>a</sup>, n.º 455/2017, de 29 de junio).

Sin embargo, en otros procedimientos la misma defensa ha alegado indefensión por falta de acceso antes del recurso (AAP Burgos n.º 478/2017, de 24 de julio) y algunas resoluciones apuntan a admitir el acceso posterior a la comparecencia de prisión y anterior al recurso (AAP Tarragona sec. 2.<sup>a</sup>, n.º 76/2017, de 7 de febrero; AAP León sec. 3.<sup>a</sup>, n.º 747/2017, de 22 de junio).

Se ha planteado incluso la solicitud del Letrado de acceso a la información en la propia comparecencia del art. 505 LECrim, después de la petición del Fiscal, habiendo sido rechazada por extemporánea, al no constar que el Letrado hubiese solicitado con carácter previo tal acceso, habiendo sido informado de este derecho (AAP Pontevedra sec. 5.<sup>a</sup>, n.º 235/2017, de 5 de abril).

En otros procedimientos se ha considerado suficiente la notificación del auto de prisión. El AAP Tarragona, sec. 2.<sup>a</sup>, n.º 76/2017, de 7 de febrero, mantiene que con la notificación del auto de prisión provisional la defensa tuvo acceso a los elementos esenciales. El AAP León AAP sec. 3.<sup>a</sup>, n.º 747/2017, de 22 de junio consideró que con la notificación de los particulares del auto que acordó la prisión provisional bastaba para que el apelante conociese tanto los hechos que motivaron que se acordase la prisión provisional, como los fines que, a juicio de la Juez de Instrucción, la justificaban.

Una primera aproximación podría conducir a mantener que ese acceso debe ser posterior al dictado del auto que acuerda la prisión. A favor de esta postura puede alegarse una interpretación estricta de la redacción del precepto «acceso (...) para impugnar la privación de libertad», así como lo expresado en la Exposición de motivos de la LO 5/2015 («se trata de proporcionar, con anterioridad a la interposición del recurso, únicamente aquella información que sea fundamental para que sea posible valorar la legalidad de la detención o privación de libertad»).

Sin embargo, una interpretación teleológica de estos preceptos, y garante de los derechos de los investigados en todo procedimiento, conforme a la doctrina del TC y el TEDH, conduce a mantener que dicho acceso debe proporcionarse antes de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, conforme a los siguientes razonamientos:

En primer lugar, la propia ubicación de este inciso, en el artículo relativo a la celebración de la audiencia para decidir sobre la situación personal –y no en los posteriores sobre la resolución judicial que se dicte y su notificación (art. 506 LECrim) o los recursos (art. 507 LECrim)–, suponen que debe posibilitarse al Letrado formular alegaciones frente a las peticiones que se formulen en ese acto, y sin perjuicio de la posibilidad posterior de recurrir la resolución que en su caso se dicte.

En segundo lugar, porque la interpretación de esta cuestión debe venir presidida por la finalidad de la celebración de esta comparecencia, que es precisamente garantizar el derecho de defensa frente la prisión provisional, medida cautelar que incide de forma directa en el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE). Esta comparecencia –introducida en la LECrim (art. 504 bis 2) por la Disposición Final 2.5 de la LO 5/1995, de mayo, del Tribunal del Jurado–, instaura un proceso contradictorio, en



el que la acusación y la defensa exponen sus alegaciones de hecho y de derecho, solicitando en su caso la prueba que estimen pertinente, con carácter previo a que el Juez dicte su resolución. Esta regulación respondía a dos principios: el principio de rogación, puesto que la adopción de estas medidas cautelares requiere la solicitud del Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, sin poder ser acordada de oficio; y el principio de contradicción, pues la comparecencia garantiza el derecho de defensa frente a las alegaciones formuladas.

La Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen de la prisión preventiva, dictada a raíz de las modificaciones en la LECrim introducidas por la LO 5/1995 (con la redacción del art. 302 vigente hasta la LO 5/2015) y la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido reconocían que exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el Letrado y demás partes pueden tomar vista, antes de la comparecencia para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, de las actuaciones practicadas hasta ese momento, salvo en los supuestos de declaración judicial de secreto. Este último inciso se corresponde con la regulación del art. 302 hasta ahora vigente, pero debe ser objeto de revisión a la luz de las últimas reformas.

La salvedad introducida por la LO 5/2015 en los arts. 302 y 505 LECrim conducen a que deba reconocerse, antes de la comparecencia, el acceso previsto, aunque no con carácter general para todas las actuaciones, sino limitado a los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad.

Por ello, el inciso «para impugnar la privación de libertad» debe ser interpretado en un sentido amplio, que abarca las impugnaciones de las solicitudes (es decir, las alegaciones frente a las peticiones de prisión, que se formulan precisamente en la audiencia del art. 505) y las impugnaciones a las resoluciones que las acuerden (es decir, los recursos frente a los autos que acuerden la privación de libertad).

### 7.2.2 ELEMENTOS A LOS QUE SE DEBE DAR ACCESO Y FORMA

En relación a la selección de los elementos y la forma de dar acceso, en ocasiones se ha considerado suficiente la exhibición de documentos (en concreto, contratos sobre los hechos investigados) y la presencia del investigado o su abogado en determinadas diligencias, como la entrada y registro (AAN sec. 3.ª, n.º 264/2017, de 4 de julio) o la notificación íntegra de la resolución judicial acordando la entrada y registro en el domicilio del investigado, con un exhaustivo relato de los hechos objeto de investigación, indicios existentes y delitos imputados, además de la información recibida con carácter previo a la propia declaración del imputado (Auto del JCI n.º 5, de 15 de febrero de 2018, rec. n.º 160/2016).

En la misma línea, el AAP Pontevedra, sec. 5.ª, n.º 310/2017, de 4 de mayo, indica expresamente que «en el caso de actuaciones secretas, es indudable que el acceso directo a los autos es inviable, por lo que debe coordinarse la eficacia del secreto de actuaciones con el derecho del detenido a conocer los elementos esenciales que motivan esa detención. En este sentido se expresa la STC de 30 de enero de 2017». En el procedimiento constaba en la grabación videográfica unida a los autos que se había ofrecido una información verbal de todos los indicios de resultados de la investigación (en concreto, «no mera información verbal y sucinta de los elementos de las actuaciones, sino detallada descripción del contenido de las investigaciones, seguimientos policiales e incautaciones de sustancias estupefacientes practicadas»). Y además una vez dictadas las resoluciones relativas a la prisión provisional (auto inicial y el posterior desestimatorio del recurso de reforma), le fueron notificadas íntegramente al investigado.

En el AAP Pontevedra, sec. 5.<sup>a</sup>, n.º 253/2017, de 10 de abril se consideró suficiente la información facilitada en la comparecencia del art. 505 LECrim y las propias circunstancias de la detención (hallazgo de más de 1 kg de cocaína oculto en el vehículo que conducía, a indicaciones del propio detenido y en su presencia) y su manifestación en su declaración de que conocía los hechos que se le imputaban. En el mismo sentido, la Audiencia de Pontevedra, sec. 5.<sup>a</sup>, en varias resoluciones (AAP n.º 234/2017 y n.º 235/2017, ambos de 5 de abril de 2017 y AAP n.º 225/2017, de 3 de abril) concluye que no hay ningún precepto legal que establezca que la información deba proporcionarse por escrito, considerando suficiente la información verbal por el Juzgado, de manera concreta y detallada.

En cambio, en otras resoluciones se ha considerado que no basta la información oral o acceso a parte de las resoluciones judiciales, sino que «en los supuestos en los que la causa este declarada secreta, debe ponderarse con criterios de proporcionalidad y racionalidad por el Juez Instructor (...) qué parte de la causa debe entregarse a la defensa», apuntando que «podría verse cumplido, cuanto menos con la entrega de los documentos, informes, diligencias, en las que se asiente la petición de prisión que efectúa el Ministerio Fiscal, parte de la causa que se refiera a la petición de privación de libertad del investigado y que no comprometa la investigación pero permita cumplir con la finalidad de poder combatir la petición de prisión que se efectúa» (AAP Barcelona, sec. 9.<sup>a</sup>, n.º 455/2017, de 29 de junio de 2017; AAP Barcelona, sec. 9.<sup>a</sup>, n.º 473/2017, de 5 de julio).

En el mismo sentido, el AAP Madrid, sec. 15.<sup>a</sup>, n.º 351/2016, de 12 de abril de 2016, consideró que no basta con facilitar una mera información verbal, por lo que «la falta de entrega al ahora recurrente o su defensa de los documentos obrantes en la causa necesarios para impugnar la privación de libertad; incumple las disposiciones legales antes citadas y le genera una indefensión, al impedirle articular su impugnación con una información suficiente y mermar su potencial eficacia».

Partiendo de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar que recoge el art. 503 LECrim, deberá facilitarse el acceso a los siguientes documentos: 1) los que recojan los indicios de la comisión de delitos que pueden fundamentar la prisión; 2) los que recojan los indicios que hagan presumir que el investigado es autor de los mismos y 3) los que justifiquen alguno de los fines que, para la adopción de la medida cautelar, señala el precepto: la existencia de riesgo de fuga; de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba; de que el investigado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima o de reiteración delictiva. Por ello, se deberá facilitar información sobre datos que enumera el propio Legislador –la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la inminencia de la celebración del juicio oral y la situación personal, familiar y económica–, las circunstancias que se han tenido en cuenta para valorar el riesgo de fuga (antecedentes penales y policiales, órdenes de busca y captura que se hayan dictado contra él; denuncias anteriores; gravedad del delito...) etc.

El acceso a los elementos esenciales debe pues, permitirse, en el caso de secreto de las actuaciones. Sin perjuicio de que, respetando su contenido esencial, pueda modularse la extensión de este derecho.

En relación a este acceso a los elementos esenciales, cabe también plantearse si sería válido hacer una selección de determinados pasajes de algunas actuaciones u ofrecer un resumen, de forma que quede salvaguardado el derecho de defensa frente a la privación de libertad, sin menoscabar el buen fin del proceso judicial.

Siempre que dicho resumen permita efectivamente al investigado conocer los motivos de la privación de libertad, y por tanto impugnarla, y quede debida constancia de su contenido y su conocimiento por el investigado o su defensa (a efectos de un

posible ulterior recurso), cabría admitir su validez, sirviendo como criterio orientador que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, en relación a los documentos que resultan esenciales para garantizar el derecho de defensa y la equidad del proceso (y que deben por tanto, ser traducidos en caso necesario) indica expresamente que «no será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan» y que «como excepción (...) pueda facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral de los documentos esenciales a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando dicha traducción oral o resumen oral no afecte a la equidad del proceso».

Habría de estarse, en definitiva, a las consideraciones ofrecidas en la STC n.º 21/2018, de 5 de marzo, expuestas más arriba con relación a la forma de acceso del detenido a los elementos esenciales para impugnar su detención: «una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad». En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado.

## 8. EL INVESTIGADO SUJETO A INCOMUNICACIÓN

La LECrim recoge una nueva especialidad relacionada con el derecho de información de los investigados en un procedimiento penal a propósito de la regulación de los supuestos de incomunicación de detenidos y presos. Efectivamente, al regular el art. 527.1 LECrim los derechos de los que puede ser privado un detenido o preso en los casos de incomunicación, incluyen el de acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Esta previsión fue introducida en la LECrim como consecuencia de la reforma operada por LO 13/2015. El texto final de la Ley, sin embargo, no resultó coincidente en este extremo con la redacción inicial del Anteproyecto, que preveía la posibilidad de denegar el acceso total a las actuaciones en determinados supuestos, lo que resultaba ajustado a las previsiones del art. 7 de la Directiva 2012/13/UE, según el dictamen del Consejo de Estado y el informe del Consejo General del Poder Judicial. Finalmente, una enmienda en trámite parlamentario introducía la redacción hoy vigente, que reconoce el derecho del detenido o de su abogado de acceder a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la legalidad de la detención, incluso en los casos de incomunicación.

En consecuencia, en los supuestos de incomunicación de detenidos o presos, aunque las actuaciones no estuvieran declaradas secretas, podrá denegarse al detenido y a su abogado acceso a las actuaciones (siempre que se haya acordado así en una resolución judicial), aunque esa limitación nunca podrá alcanzar a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención o prisión.

Por lo tanto, los Sres. Fiscales velarán por que se haga efectivo el derecho de los detenidos o presos incomunicados a acceder, por sí mismos o por medio de su Abogado, a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de su detención o prisión.

## 9. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL INVESTIGADO EN EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

El proceso por aceptación de decreto, introducido en nuestro ordenamiento por la 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 (en adelante, Ley 41/2015) y su articulación puede plantear alguna duda sobre la forma de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118 LECrim.

En este proceso, el Fiscal puede remitir al Juzgado de Instrucción un decreto de imposición de pena, para su autorización y notificación al investigado, traslado que puede efectuarse «en cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la Fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado», siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 803bis.a LECrim). Es posible por tanto, en este procedimiento, que el investigado no tenga conocimiento de las actuaciones hasta que reciba la notificación del auto del Juzgado de Instrucción autorizando el Decreto del Fiscal.

En estos casos, teniendo en cuenta las especialidades de este particular procedimiento, y que la propuesta de imposición de pena contenida en el decreto del Fiscal y autorizada por el Juez de Instrucción debe ser aceptada (expresamente) por el propio encausado, en una comparecencia que debe celebrarse asistido de Letrado, y que en caso de que no comparezca o la rechace queda sin efecto, se entiende que el derecho de información del investigado quedaría satisfecho siempre que con anterioridad a la celebración de la comparecencia prevista en el art. 803 bis h) LECrim se permita el acceso a las actuaciones.

En este punto resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, dictada en el Asunto C-216/14. En esta Sentencia, se planteaba por un órgano jurisdiccional alemán una petición de decisión prejudicial sobre dos cuestiones, una de ellas la interpretación de los arts. 2, 3, apartado 1, letra c) y 6, apartados 1 y 3 de la Directiva 2012/13/UE. La cuestión se planteaba en el marco de un procedimiento abreviado regulado en la ley procesal alemana, previsto para infracciones menores, que no contempla la celebración de una vista ni de un debate contradictorio, y en el que se dicta una orden penal, dictada por un Juez a petición del Ministerio Fiscal, de carácter provisional. Según la ley procesal alemana, esta orden penal adquiere firmeza a la expiración del plazo de dos semanas a contar desde la notificación de dicha orden. La oposición a dicha orden debe efectuarse en el citado plazo, por escrito o mediante comparecencia ante la secretaría del tribunal y en ese caso se produce el debate contradictorio. La petición de cuestión prejudicial se centraba en la compatibilidad del procedimiento de notificación de la orden penal con la Directiva 2012/13/UE, en particular con su art. 6, que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que, a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, se facilite información detallada sobre la acusación.

Aunque la cuestión concreta que planteaba el órgano jurisdiccional alemán era la compatibilidad de la notificación de dicha orden penal a través de los representantes legales de la persona (el apoderado a efectos de notificaciones designado por el acusado sin domicilio fijo o residencia en Alemania) con el art. 6 de la Directiva europea, el TJUE se pronuncia también en su argumentación sobre dicho procedimiento y el derecho de información del acusado con los siguientes razonamientos: «Si bien es cierto que, debido al carácter sumario y simplificado del procedimiento en cuestión,

la notificación de una orden penal como la controvertida en el litigio principal se produce después de que el juez se haya pronunciado sobre la procedencia de la acusación, en dicha orden el juez se pronuncia únicamente con carácter provisional y su notificación es la primera ocasión en que se informa de la acusación a la persona acusada. Por otro lado, ello queda corroborado por el hecho de que esta persona no está facultada para interponer un recurso contra dicha orden ante otro juez, sino a formular una oposición, que le permite acceder, ante el mismo juez, al procedimiento contradictorio ordinario, en el marco del cual puede ejercer plenamente su derecho de defensa antes de que dicho juez se pronuncie nuevamente sobre la procedencia de la acusación formulada en su contra. Por consiguiente, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 2012/13, la notificación de una orden penal debe considerarse una forma de comunicación de la acusación formulada contra la persona afectada, de modo que debe cumplir los requisitos exigidos en dicho artículo».

Por ello, siguiendo esta interpretación del TJUE, en el proceso por aceptación de decreto, los Sres. Fiscales velarán por que, con carácter previo a la celebración de la comparecencia del art. 803 bis h) LECrim el encausado haya podido ejercer su derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa (art. 118 LECrim).

## 10. EL RECLAMADO SOMETIDO A UNA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

El art. 5 de la Directiva 2012/13/UE, señala que «los Estados miembros garantizarán que toda persona que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea reciba con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos de conformidad con la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta». El considerando 39 de la Directiva reitera la previsión, estableciendo que «el derecho a la información escrita sobre los derechos en el momento de la detención previstos en la presente Directiva se debe también aplicar, *mutatis mutandis*, a las personas detenidas a efectos de la ejecución de una orden de detención europea con arreglo a la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros».

La LO 5/2015, sin embargo, no introduce previsión alguna relativa a las detenciones practicadas con la finalidad de ejecutar una orden europea de detención. La razón estriba en que la OEDE está regulada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, cuyos arts. 50 y 51 remiten para la práctica de la detención y primera audiencia del detenido a la LECrim. Por tanto, no requería especial transposición.

De esta manera, el detenido para la ejecución de una orden europea, como cualquier otro detenido, deberá ser informado de los hechos y de las razones de su detención y en este caso, en particular, de la orden europea que haya motivado su privación de libertad. El derecho de acceso a las actuaciones que genéricamente regula el art. 520.2.d) deberá concretarse, en este caso, en el derecho de acceder a la propia orden europea. En este punto, la regulación de la LECrim se ve complementada por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que, en su art. 50.3, señala que «puesta la persona detenida a disposición judicial, se le informará de la existencia de la orden europea de detención y entrega, de su contenido, de la posibilidad de consentir en el trámite de audiencia ante el Juez y con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten».

En consecuencia, los Sres. Fiscales velarán por que toda persona detenida en ejecución de una orden europea de detención, tenga conocimiento de las razones de su detención y pueda acceder a las actuaciones que se hayan tramitado con motivo de la orden europea que se ejecuta y que resulten imprescindibles para el efectivo recurso contra su situación personal.

## 11. EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

De conformidad con lo dispuesto en el art. 773.2 párrafo segundo LECrim, las declaraciones prestadas en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal habrán de observar las mismas garantías señaladas en esa Ley para las prestadas ante el Juez o Tribunal.

En consecuencia, las prescripciones sobre el derecho de información recogidas en los nuevos arts. 118 y 775 LECrim habrán de ser observadas por los Sres. Fiscales en la tramitación de las diligencias de investigación, en los términos recogidos en esta Circular.

En particular, y de conformidad igualmente con los principios de contradicción y defensa que deben inspirar la práctica de las diligencias de investigación (ex art. 5.2 EOMF), el Fiscal habrá de conceder al investigado y a su Letrado la posibilidad de acceder a lo actuado en las diligencias de la Fiscalía, con la suficiente antelación para que pueda preparar adecuadamente su declaración. Del mismo modo, se le habrá de informar de manera clara y comprensible de los hechos que se le atribuyen y de su calificación jurídica provisional, así como de los cambios que se produzcan a lo largo de su tramitación.

Otro tanto debe predicarse de los derechos recogidos en el art. 520 LECrim en relación con una detención acordada por el Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2 EOMF.

Al margen de lo anterior, será de aplicación lo dispuesto en el apartado III.1 de la Circular n.º 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación: «cuando la práctica de la diligencia de toma de declaración del sospechoso pudiera frustrar la investigación, lo procedente será judicializar las actuaciones solicitando del Juzgado la declaración de secreto. No será admisible por tanto en estos casos continuar investigando hechos ya perfilados de espaldas a un sospechoso claramente determinado». Y del mismo modo, «los principios que el propio art. 5 EOMF enuncia como inspiradores de las diligencias de investigación habrán de orientar a los Sres. Fiscales a la hora de determinar el momento procesal en el que proceda acordar la práctica de esta diligencia. Es claro que no siempre habrá de practicarse inmediatamente a que se abran unas diligencias de investigación. Con respeto al principio de proporcionalidad y de defensa procederá su posposición cuando por ejemplo, no existan todavía indicios de comisión del delito o los contornos de éste permanezcan difusos, o no se dispongan aún de elementos que incriminen al denunciado».

## 12. EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) prevé la notificación del expediente al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el art. 24.

El art. 24 LORPM, bajo la rúbrica secreto del expediente, dispone que «el Juez de menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite

la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. (...)».

La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores, establece que «el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de «dar vista del expediente» al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (art. 23.2 y 25 Ley), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado».

La LORPM no ha sido modificada. Sin embargo, lo dispuesto en la Directiva 2012/13/UE también resulta aplicable al procedimiento de menores. En este sentido, su considerando 26 indica que «al proporcionar a la persona sospechosa o acusada información con arreglo a lo establecido en la presente Directiva, las autoridades competentes deben prestar especial atención a las personas que no puedan comprender el contenido o el significado de la información, debido, por ejemplo, a su corta edad o a su condición mental o física».

Y no debe olvidarse que en el procedimiento de menores tiene el carácter de norma supletoria, para lo no previsto expresamente en su Ley Orgánica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma (Disposición final primera LORPM).

Por ello, teniendo en cuenta que las personas a las que se aplica la LORPM gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (art. 1.2 LORPM) y el deber de vigilar la observancia en las actuaciones de las garantías del procedimiento (art. 6 LORPM), los Sres. Fiscales velarán por el cumplimiento de las pautas de actuación dispuestas en la presente Circular en la jurisdicción de menores.

### 13. RECAPITULACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DEL FISCAL

Como criterio general debe establecerse que los Sres. Fiscales, cuando constaten alguna infracción de los derechos de información o acceso a las actuaciones del investigado, detenido o privado de libertad en un proceso penal, promoverán los recursos o procedimientos pertinentes o se adherirán a los ya promovidos, con la finalidad de que sean garantizados los derechos infringidos o limitados. Debe recordarse no obstante que para que proceda acordar la nulidad de una resolución, se requiere que se haya producido una indefensión material y efectiva, que sea además de imposible reparación, y que para ser apreciada con ocasión de un recurso la misma debe ser solicitada (art. 240.2 LOPJ).

### 14. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado en relación con las cuestiones objeto del presente documento en anteriores ocasiones, y concretamente en las siguientes: Circular 4/2013, sobre las diligencias de investigación; Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, sobre la forma en que ha de practicarse la detención; Instruc-

ción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial; Instrucción 8/2004, de 17 de diciembre, sobre la necesidad de promover el acceso de los letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el juzgado de guardia en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de los delitos; Consulta 4/2005, de 7 de diciembre, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores; Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido; Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva; Consulta 4/1985, de 20 de mayo, sobre asistencia letrada al detenido no incomunicado: el nacimiento del derecho a la entrevista reservada; Consulta 1/1983, de 17 de enero, sobre derecho de asistencia letrada al detenido: su vigencia y contenido durante la incomunicación.

La presente Instrucción no afecta a la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, salvo las referencias al secreto de las actuaciones y su relevancia en relación al acceso al procedimiento. Concretamente, en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, conforme a la legislación vigente entonces, se indica que en caso de declaración judicial de secreto decae el derecho del Letrado y las partes a tomar vista de las actuaciones practicadas hasta ese momento (apartado III, último párrafo). Y la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores establece que «el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de «dar vista del expediente» al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (art. 23.2 y 25 LORPM), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado». Estas afirmaciones deben considerarse superadas en los términos expuestos en la presente Circular.

## 15. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> El derecho del sospechoso o investigado a ser informado de los hechos presuntamente delictivos que se investigan y los indicios y pruebas que existen acerca de su perpetración, constituye una de las manifestaciones esenciales del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa, pilares del proceso penal.

2.<sup>a</sup> Las previsiones de la LECrim relativas al derecho de información y acceso a las actuaciones de personas investigadas, detenidas o presas, deberán ser siempre interpretadas conforme a la CEDH y a la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de derechos humanos.

3.<sup>a</sup> El derecho a la información en el proceso penal se desglosa en dos aspectos diferenciados: en relación con las personas detenidas, vinculado con el derecho fundamental a la libertad; y en relación con los investigados/acusados, enlazando con el derecho de defensa. De ahí su distinto alcance, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional.

4.<sup>a</sup> Las tres vertientes del derecho de información en el proceso penal examinadas en la Directiva 2012/13/UE tienen reflejo en la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la redacción derivada de las LO 5/2015 y 13/2015. Por un lado, se recoge el derecho a ser instruido de los derechos procesales, tanto de toda persona a quien se atribuya un hecho punible (art. 118) como de toda persona



detenida o presa (art. 520). Junto a ello, se reconoce el derecho de los investigados a ser informado de los «hechos que se le atribuyen, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados» (art. 118.1.a) y el derecho de los detenidos o presos de ser informados de «los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad» (art. 520.2). Por último, y de forma instrumental y complementaria al derecho anterior, se contempla el derecho a examinar las actuaciones de los investigados (art. 118.1.b) y el derecho de los detenidos o presos de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad (art. 520.2.d).

5.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales velarán en todo momento por que se facilite a las personas detenidas, en la forma indicada en el presente documento, la información necesaria y el acceso preciso a los elementos existentes en las actuaciones que pudieran resultar necesarios para impugnar la legalidad de la detención. La información sobre los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad incluye su calificación jurídica provisional y debe ponerse en relación con los presupuestos de la detención, por lo que exige identificar los indicios o sospechas de la participación del detenido en unos hechos presuntamente delictivos y las circunstancias que han determinado la necesidad de aquella. La concreción de los elementos esenciales de las actuaciones debe efectuarse en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes.

6.<sup>a</sup> Corresponde al detenido, debidamente informado de su derecho, instar el ejercicio del mismo, pudiendo solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las actuaciones aducidas para la detención. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En todo caso, deberá dejarse constancia en el procedimiento del acceso facilitado.

7.<sup>a</sup> El derecho de acceso del detenido no incluye en sede policial el acceso al atestado en su integridad, ni otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención. Únicamente aquellos extremos del atestado que tengan que ver con la detención, los hechos y los motivos que la justifican, sólo aquellos cuyo conocimiento pueda contribuir al ejercicio del derecho de defensa frente a esa detención, integrarán el contenido del derecho de información del detenido. En todo caso, no debe perderse de vista la necesidad de ponderar otros intereses que también deben ser protegidos en la tramitación del proceso penal, como la especial protección de las víctimas y testigos en los casos en que resulte necesaria o los supuestos en que deba posteriormente declararse el secreto de las actuaciones.

8.<sup>a</sup> En los casos de detenciones en espacios marinos en las condiciones previstas en el art. 520 ter LECrim, los Sres. Fiscales velarán por que se instruya en sus derechos a los detenidos y se les informe de los hechos que se les atribuyan y de las razones de su detención desde los primeros momentos, procurando siempre que la información les sea facilitada oportunamente traducida, en su caso. Del mismo modo, atendiendo siempre a las concretas circunstancias concurrentes y a los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, los Sres. Fiscales habrán de velar por que en todo caso el detenido haya sido puesto en libertad o a disposición judicial dentro del plazo máximo de setenta y dos horas. Igualmente velarán por que se facilite el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención a la mayor brevedad, por los

mismos medios telemáticos, evitando, si ello es posible, dilatar su entrega al momento en que el detenido o su letrado comparezcan personalmente en el Juzgado.

9.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales promoverán y velarán por el cumplimiento de la obligación de instruir en sus derechos al investigado, en los términos que establece el art. 118 LECrim, desde el primer momento de la imputación penal y siempre con anterioridad a la prestación de cualquier declaración. Los Sres. Fiscales procurarán evitar que se lleven a cabo imputaciones precipitadas, debiendo valorar como criterios para la determinación del momento en que llevarla a cabo, el grado indiciario de certeza acerca de la comisión y de la autoría del hecho punible y el contenido del derecho de defensa en el caso concreto, ante la existencia de actos de investigación que pudieran demandar actuaciones defensivas.

10.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales velarán por que en toda investigación judicial, se facilite al investigado acceso a la totalidad del contenido del procedimiento (salvo las excepciones previstas en las leyes). Dicho acceso deberá ser gratuito, sin perjuicio del coste que pudiera resultar de la realización de copias, cuando fueren necesarias. El acceso a las actuaciones deberá facilitarse siempre con la antelación suficiente, según las circunstancias de cada caso concreto, para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en especial, cuando se trate de la toma de declaraciones.

11.<sup>a</sup> El derecho de información y acceso a las actuaciones de personas investigadas, detenidas o presas, se agota en el procedimiento mismo, no comprendiendo el derecho a acceder a la información contenida en las bases de datos policiales que no haya sido incorporada al procedimiento.

12.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales procurarán que cualquier modificación sustancial en el objeto de la investigación sea puesta sin dilación en conocimiento del investigado, instando una nueva toma de declaración del mismo sobre estos nuevos hechos.

13.<sup>a</sup> En los casos en los que estuviera declarado el secreto de las actuaciones, los Sres. Fiscales deberán también velar por que se le facilite al privado de libertad el acceso a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad con carácter previo a la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim y en los términos expuestos en la presente Circular.

El acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al investigado conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad.

14.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales velarán, conforme a las previsiones del art. 527.1 LECrim, por que se haga efectivo el derecho de los detenidos o presos incomunicados a acceder, por sí mismos o por medio de su Abogado, a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de su detención.

15.<sup>a</sup> En el proceso por aceptación de decreto, el derecho de información del investigado quedaría satisfecho siempre que con anterioridad a la celebración de la comparecencia prevista en el art. 803 bis h) LECrim se permita el acceso a las actuaciones.

16.<sup>a</sup> Los Sres. Fiscales velarán por que toda persona detenida con la finalidad de posibilitar la ejecución de una orden europea de detención tenga conocimiento de las razones de su detención y pueda acceder a las actuaciones que se hayan tramitado con motivo de la orden europea que se ejecuta.

17.<sup>a</sup> Las prescripciones sobre el derecho de información recogidas en los nuevos arts. 118 y 775 LECrim habrán de ser observadas por los Sres. Fiscales en la tramitación de las diligencias de investigación, en los términos recogidos en esta Circular. Lo mismo debe predicarse de los derechos recogidos en el art. 520 LECrim

en relación con una detención acordada por el Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2 EOMF.

18.<sup>a</sup> Teniendo en cuenta que las personas a las que se aplica la LORPM gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (art. 1.2 LORPM) y el deber de vigilar la observancia en las actuaciones de las garantías del procedimiento (art. 6 LORPM), los Sres. Fiscales velarán por la observancia de las pautas de actuación dispuestas en la presente Circular en la jurisdicción de menores.

19.<sup>a</sup> Como pauta general de actuación, los Sres. Fiscales, cuando constaten alguna infracción de los derechos de información o acceso a las actuaciones del investigado, detenido o privado de libertad en un proceso penal, promoverán los recursos o procedimientos pertinentes o se adherirán a los ya promovidos, con la finalidad de que sean garantizados los derechos infringidos o limitados.

# BIBLIOGRAFÍA

## Revista de libros

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «El Derecho Penal en el Mundo».  
Thomson Reuters/ Aranzadi. Pamplona, 2018, 348 páginas

### I

Mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat, acaba de publicar un libro que recopila sus múltiples artículos en el diario El Mundo y en verdad que no podía hacernos, a los penalistas y al público en general, mejor y más franco servicio. No es la primera vez que esto ocurre. Con relativa inmediatez al presente, otro texto suyo se refiere a este tipo de colecciones. En efecto, su «Estado de derecho y ley penal» (La Ley, 2009), del que también tuve el honor de hacer la recensión, anticipa el actual. Ambos nos presentan sus importantes aportaciones que, de otra forma, quedarían dispersas y mal coleccionadas cuando no perdidas. La lucha contra el olvido, pernicioso en este caso, tiene su más importante expresión en este dar a la luz, en forma de obra sistemática, el clarividente pensamiento del autor en temática tan variada y por demás interesante.

No existe penalista como mi maestro y ello se demuestra sobradamente en el texto que comento. Lúcido, inteligente, claro, valiente, con un enorme talento, sus escritos nos confirman que estamos en presencia de una pluma y una inteligencia superior. Además, no ha cejado en su magnífica producción científica estrictamente dogmática. Nadie publica como él en las revistas especializadas, española y alemanas, ni contribuye más a los distintos libros-homenajes de ilustres compañeros nacionales y extranjeros. Pareciera como si no tuviera límites en el trabajo y la dedicación a nuestra disciplina. El conocimiento, siempre, y la emoción, en variadas ocasiones, presiden sus artículos. Los dedicados a la actualidad penal, la inmensa mayoría de lo escrito, se envuelven rotundamente en la primera de sus virtudes; el resto, cuando habla de las semblanzas u obituarios de amigos y colegas, tienen un sentimiento profundo y contagioso. Mi maestro es una persona sentimental que siente el aprecio y el cariño a los demás en forma extrema, como un deber, carente de envidia por naturaleza, por eso su

figura es tan grande y este libro, desde luego, refleja perfectamente su brillante y querida personalidad.

## II

Dividido en 14 partes y 55 capítulos, el libro está separado, en mi opinión y bajo mi responsabilidad, en tres apartados esenciales: las citadas laudaciones y necrológicas, las referidas a la Universidad y, el grueso del mismo, las atinentes al Derecho penal y algunas de sus manifestaciones, no estrictamente dogmáticas, aunque siempre con un elevadísimo nivel técnico. Las dos primeras abren y cierran la obra y el mayor conjunto de la misma es la conformada por la disciplina punitiva. El magnífico ensayo está dedicado a su querido maestro D. Antonio Quintano Ripollés. Quintano fue, para mi suerte, mi profesor de Licenciatura en la Complutense y mi recuerdo hacia su querida persona siempre es doble: por haber sido un docente excepcional, que me hizo amar el Derecho Penal y por ser el maestro del mío desde hace cuarenta y siete años.

La clasificación que hace el Prof. Gimbernat del importante material, esencialmente penal, al que se refieren sus escritos es la siguiente: libertades de información y expresión (págs. 53 y sigs.), la violencia de género (págs. 91 y sigs.), la Gürtel valenciana y el cohecho impropio (págs. 103 y sigs.), reformas del Código Penal (págs. 115 y sigs.), el Derecho de huelga y sus límites (págs. 135 y sigs.), prescripciones, indultos, amnistías, inviolabilidades, aforamientos (págs. 159 y sigs.), la cuestión catalana (págs. 185 y sigs.), comentarios a sentencias (págs. 219 y sigs.), Derecho procesal penal (págs. 233 y sigs.), Derecho penal internacional (págs. 265 y sigs.), reformas y propuestas de reformas del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial (págs. 295 y sigs.), Derecho disciplinario (págs. 311 y sigs.) y, en fin, la situación de la Universidad española (págs. 319 y sigs.).

Como puede fácilmente apreciarse, pocos temas de relevancia deja en el tintero mi maestro. La actualidad se baña con un extraordinario toque jurídico. La exposición, clara, enérgica y atrevida, es un torrente de enseñanzas sencillamente narradas pero profundamente técnicas, ejemplo de esta forma literaria tan difícil y, a la vez, tan necesaria que, como pocos, domina el Prof. Gimbernat. Con ella, con ese lenguaje, llega mi maestro a cuantos se interesan por el Derecho y encuentran así una guía suprema acerca de su interpretación más válida. Como bien dice en el Prólogo de esta misma obra, desde su juventud en Cuadernos para el Diálogo, no únicamente escribe para los especialistas sino para el público en general (pág. 17).

No me puedo resistir a significar algunos de sus trabajos. Es verdad que toda selección es personal pero ha sido fácil efectuarla. Entre tantos, de una enorme calidad, los señalados pueden no venir a coincidir con los elegidos por la mayoría de los especialistas, partiendo de la base de la excelencia de todos. Pero esa es la responsabilidad de quien recensiona una obra. De entre las laudaciones, la del Prof. Jorge de Esteban (págs. 31 y sigs.) me parece la que más cariño contiene y más recuerdos aborda. El

catedrático de Derecho Constitucional y Embajador de España es el amigo del alma de mi maestro. Desde el Instituto, el Ramiro de Maeztu, hasta hoy la vieja amistad se mantiene incólume y gratificante y ello se percibe en las líneas que cito. De igual modo, entre los obituarios es conmovedor el que Enrique Gimbernat realiza en la muerte del Prof. de la Complutense Emilio Octavio de Toledo (págs. 336 y sigs.). No únicamente el entrañable recuerdo tiñe sus palabras, sino que su reflexión acerca de lo que es la vida y lo que es la muerte alcanza una maestría insuperable. Gimbernat no quiere –nos dice– un paraíso donde no estén sus seres queridos, ni sus amigos o donde no se pueda tomar café con los mismos entre clase y clase. Tiene razón. Yo tampoco.

### III

Los dedicados al Derecho Penal son la mayoría. Estos artículos comprenden los años 2001-2017 y en verdad que es complicado inclinarse por la mención de alguno de ellos. No obstante, me arriesgo. Sin guardar un orden, creo que se alzan como los superiores aquellos en los que antepone su saber legal a las circunstancias del caso y, en ocasiones, a la demagogia que los circunda. Ese barniz otorga un enfoque lleno de maestría a cuanto nos expone. Cito cinco ejemplos de estos excelentes trabajos: «Una fotografía en el congreso de los diputados» (págs. 65 y sigs.), donde defiende, en contra de la resolución de la Presidencia de la Cámara y los dictámenes de la Mesa, la ausencia de ataque a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por la reproducción en la prensa de un mensaje recibido en su móvil por un destacado político; «Juana no está en mi casa» (págs. 97 y sigs.), en relación a la retención, ocultación y no entrega de sus hijos por esta señora a su marido, concluyendo el maestro en que ampararla sería cometer un supuesto de complicidad en el delito de detención ilegal en la modalidad de sustracción de menores; «Aminetu Haidar no debe ser alimentada por la fuerza» (págs. 135 y sigs.), con su secuela «De nuevo sobre el caso Haidar» (págs. 139 y sigs.), donde diferencia los supuestos de huelga de hambre de los Grapos y los testigos de Jehová, donde la intubación es obligada para salvaguardar su existencia, y el caso presente, donde no había sometimiento a tratamiento médico previo ni la Institución Penitenciaria tenía obligación alguna, dentro de la relación especial de sujeción, de velar por su vida, como con los terroristas presos; «Alemania, obligada a entregar a Puigdemont por rebelión» (págs. 211 y sigs.) donde se demuestra la alta preparación de Gimbernat, dándonos una lección de conocimiento del Derecho del país de referencia y, así, al propio Tribunal de Schleswig-Holstein, que denegó la entrega a España del rebelde y «La propuesta de ciudadanos de supresión del tribunal constitucional» (págs. 301 y sig.), tachada de «una ocurrencia más a las que nos tienen acostumbrados los partidos políticos».

Sus prólogos a las sucesivas ediciones del Código Penal de la editorial Tecnos, en colaboración con mi querido discípulo el Prof. Esteban Mestre Delgado, son una referencia permanente. Siendo el texto anotado más utilizado por los operadores jurídicos, en las muchas impresiones de imprenta

del mismo es habitual leer sus críticas, cuando proceden, a cuantas reformas han tenido lugar entre edición y edición. En este libro se recogen algunas de sus aportaciones, tanto las que se ocupan del delito de aborto (págs. 117 y sigs.) cuanto las que tratan con amplitud de la LO 1/2015 (págs. 121 y sigs.). Todas llevan el marchamo de la razón, especialmente cuando menciona instituciones como la prisión permanente revisable (págs. 122 y sigs.). Sus citas del Derecho comparado que, aunque la mencionan, nunca es eterna, y su personal actitud contraria marcan unos renglones excepcionales. Precisamente este tema, muy ampliado, fue su lección magistral con ocasión de la entrega del premio Scevola, que tuvo lugar el 22 de junio de 2018.

Pero la sabiduría y el sentido común del autor se expanden por la obra, en unión de su excelsa preparación jurídica. Bien puede ser la temática de la detención casi automática del varón en cuanto se produce una denuncia de malos tratos, sin necesidad de comprobación alguna ni investigación previa (pág. 93), bien la calificación del delito de cohecho impropio como «endiablado» (págs. 107 y sigs.) o bien su oposición a la supresión de las faltas, en la reforma del Código Penal procurada por la LO 1/2015, en beneficio de la Ley de Seguridad Ciudadana, que tiene, incuestionablemente, menos garantías para el administrado (págs. 127 y sigs.). Del mismo modo, es una muestra de equilibrio el trabajo sobre «Los límites al derecho de huelga» (págs. 151 y sigs.), donde, defendiendo ese derecho constitucional, que no es absoluto, lo frena cuando afecta a otros postulados igualmente imprescindibles para la convivencia y, asimismo, es prueba de su rechazo a lo injusto cuando nos habla de «El juicio del 23-F», artículo el más breve de su impresionante libro (págs. 237 y 238), por cuanto se resistió a seguir escribiendo sobre «los aspectos vergonzosos», beneficiosos para los reos, que se dieron en aquel proceso y plenario.

Francamente comprometidos son los trabajos que hacen referencia al privilegio de la inviolabilidad de nuestros reyes (págs. 175 y sigs. y 181 y 182) y cuando trata del proceso de la infanta Cristina (págs. 249 y sigs.). El educado respeto no tiene nada que ver con su postura crítica. En cuanto a los primeros, la extensión de esta condición objetiva de procedibilidad no es del agrado del maestro y por lo que hace a la petición de sobreseimiento de D.<sup>a</sup> Cristina, el Prof. Gimbernat la pone en relación con la doctrina del Tribunal Supremo en el casos Botín y Atutxa cuando interviene la acusación particular (en el primer supuesto no cabe acusación si el perjudicado directo no acusa y en el segundo, sí si afecta al interés general), concluyendo en lo erróneo de esa decisión. De igual manera, cuando toca defender lo hace sin ambages, así en el caso del ciclista Alberto Contador (págs. 311 y sigs.), al concluir que no se dopó porque con lo ingerido no aumentó su rendimiento ni cometió negligencia alguna y al hablar de la Universidad, que tanto quiere, su vocación y su destino, rechaza la perniciosa endogamia y la mediocridad imperante en oposiciones y concursos (págs. 321 y sigs.), distintos a la necesaria continuidad de una línea de investigación propiciada a sus discípulos por un maestro.

No es necesario decir más. La enseñanza que se desprende de este gran libro es grande y evidente. Como he dicho en otra ocasión, en su «Laudatio» con ocasión de la reciente concesión a su persona del ya citado premio Scevola, sin esta última recopilación los trabajos contenidos en ella se hubieran, posiblemente, traspapelado pues es difícil guardarlos todos y sistematizarlos a medida que aparecían en la prensa. Y ello hubiera significado la pérdida de una doctrina penal señera, bañaba con el don de la oportunidad y el saber. Es decir, la que emana siempre de cuanto escribe mi maestro.

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, y deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: carmen.figueroa@externos.mjusticia.es o rafael.alcaicer@externos.mjusticia.es

**Formato:** Los originales deberán estar escritos, en letra Times New Roman, 12 (y Times New Roman 10 para las notas al pie), a espacio y medio y con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 25 y 50 páginas. En la primera página se incluirá el título del trabajo, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de un Resumen y Abstract de un máximo de diez líneas (en castellano y en inglés), así como de cinco o seis palabras clave o key words (en castellano y en inglés). Asimismo, deberán incluir un Sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto.

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 nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página.

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.

**Proceso de admisión, evaluación y publicación:** Los trabajos remitidos al Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales serán sometidos a evaluación, por evaluadores externos especialistas en la materia, mediante el sistema de «doble referee» o «pares ciegos», manteniendo el anonimato, tanto del autor como de los evaluadores.

Emitidos los informes por los evaluadores, los autores de los trabajos recibirán una comunicación por correo electrónico, que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo, así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes, cuyo resultado podrá ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueran.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar subsanaciones como condición para su publicación, así como un plazo otorgado al efecto.
- Valoración desfavorable, cuando ambos informes lo fueran, que conlleva la no aceptación del trabajo.

En el caso de que uno de los informes fuera favorable y otro desfavorable, se estará a lo que decida el Consejo de redacción del Anuario, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante.

**Cesión de derechos de explotación:** A los autores cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará por correo electrónico el contrato de cesión de derechos de explotación del Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.





# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

## Director:

**ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

## Secretaria

**CARMEN FIGUEROA NAVARRO**  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## Consejo de Redacción

**CARLOS GARCÍA VALDÉS**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

**AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad San Pablo-CEU

**CARMEN LAMARCA PÉREZ**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

**MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

**RAFAEL ALCÁZER GUIRAO**  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos

## Consejo Asesor

**ADELA ASÚA BATARRITA**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco

**MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

**JAVIER BOIX REIG**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

**CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Granada

**MIRENTXU CORCOY BIDASOLO**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

**JUAN CÓRDOBA RODA**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

**ALICIA GIL GIL**  
Catedrática de Derecho Penal  
INED

**CARMEN GÓMEZ RIVERO**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

**ELENA LARRAURI PJOAN**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra

**SANTIAGO MIR PUIG**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

**MERCEDES PÉREZ MANZANO**  
Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

**GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

**JESÚS M.ª SILVA SÁNCHEZ**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra

**TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN**  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

## ÍNDICE

Págs.

### NECROLÓGICA

*In Memoriam, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Cerezo Mir. Relato personal de un reconfortante viaje en la nave de la Ciencia del Derecho Penal, en la grata y enriquecedora compañía de mi ejemplar Maestro*, por Luis Gracia Martín ..... 5

### SECCIÓN DOCTRINAL

*La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?*, por Claus Roxin ..... 53  
*Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades*, por Gonzalo Quintero Olivares ..... 75  
*En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación*, por Mercedes Pérez Manzano ..... 91  
*La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del «Tatbestand»*, por Pablo Sánchez-Ostiz ..... 121  
*Sobre el delito del artículo 384 del Código Penal. De la sanción administrativa a la sanción penal*, por Daniel Fernández Bermejo ..... 145  
*Elementos de la culpabilidad penal*, por Mario Sánchez Dalfó ..... 213  
*La financiación del terrorismo desde la perspectiva de las nuevas tecnologías. A propósito de la quinta Directiva de la UE de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*, por Covadonga Mallala Fernández ..... 239  
*La indiferencia afectiva como rasgo nocivo de la personalidad*, por Montserrat López Melero ..... 265  
*¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable*, por Puerto Solar Calvo ..... 307  
*El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz; en el 50 aniversario de su doctorado*, por Óscar López Rey ..... 347  
*La evolución de la población reclusa española en los últimos treinta años: una explicación integral*, por Manuel Ruiz-Monales ..... 403

### SECCIÓN PREMIO SECVOLA 2017

*Contra la prisión permanente revisable*, por Enrique Gimbernat Ordeig ..... 491  
*Laudatio Enrique Gimbernat*, por Carlos García Valdés ..... 499

### CRÓNICAS EXTRANJERAS

*El acceso jurídico de la penitenciaría. La privación de la libertad en los comienzos de la codificación penal argentina (1865-1921)*, por Luis González Alvo ..... 509

### SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, por Gema Martínez Galindo ..... 545  
*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo ..... 587  
*Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, por Eduardo de Urbano Castrillo ..... 655

### CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo ..... 657

### SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

#### Revista de libros

*Reseña del libro «El Derecho Penal en el Mundo»*, de Enrique Gimbernat Ordeig, por Carlos García Valdés ..... 691